Die Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist

Wiltrud Scherer

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546005_0002

Die Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Wiltrud Scherer

München 1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Prof. Dr. Spanner
Korreferent: Prof. Dr. Paulus
Tag der mündlichen Prüfung: 27.7.1967

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Literaturverzeichnis IV

E i n l e i t u n g 1

1. K a p i t e l : DAS VORVERFAHREN 2

§ 1 Sinn und Zweck des Vorverfahrens 2

I. Entlastung der Verwaltungsgerichte 2
II. Selbstkontrolle der Verwaltung 4
III. Schutz des Staatsbürgers 5

§ 2 Verfassungsmäßigkeit des Vorverfahrens 8

I. Grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit 8
II. Verfassungsgemäßes Zustandekommen 12

1.) als "gerichtliches Verfahren" 12
2.) als Verwaltungsverfahren 15
3.) kraft notwendigen Sachzusammenhangs 19
4.) Zusammenfassung 20

§ 3 Das Vorverfahren ist Sachurteilsvoraussetzung 20

I. Erfolglosigkeit des Widerspruchs 22
II. Rechtzeitigkeit des Widerspruchs 23

2. K a p i t e l : DIE WIEDEREINSETZUNG IM ALLGEMEINEN 32

§ 4 Die Bedeutung der Wiedereinsetzung 32

§ 5 Der Antrag auf Wiedereinsetzung - ein außerordentlicher Rechtsbehelf 35

3. K a p i t e l : DIE VORAUSSETZUNGEN DER WIEDEREINSETZUNG IN DEN VORIGEN STAND 40

§ 6 Die Versäumung der Frist für den Widerspruch 40

I. Die Widerspruchsfrist als gesetzliche Frist 40
II. Die Versäumung der Widerspruchsfrist 41

1.) Die Fristversäumung ist Zulässigkeitsvoraussetzung für die Wiedereinsetzung 41
2.) Der Begriff der Versäumung 41
3.) Die Folgen der Versäumung 44

III. Der Beginn der Widerspruchsfrist 45

1.) Bekanntgabe des Verwaltungsakts 45
2.) Rechtsbehelfsbelehrung 46

IV. Die Berechnung der Widerspruchsfrist 54

Seite

§ 7 Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 55

I. Die Antragsberechtigung - Beschwer 56
II. Die Form des Wiedereinsetzungsantrags 59
III. Der Inhalt des Wiedereinsetzungsantrags 60
IV. Die Fristen für den Wiedereinsetzungsantrag 61

1.) Zwei-Wochen-Frist 61

a) Beginn der Frist 61
b) Versäumung der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag 64

2.) Jahresfrist 65

a) Beginn der Frist 65
b) Überschreitung der Jahresfrist beim Vorliegen höherer Gewalt unschädlich 66
c) Gegen die schuldlose Versäumung der Jahresfrist keine Wiedereinsetzung möglich 67

§ 8 Die Nachholung der versäumten Rechtshandlung 68

I. Im allgemeinen 68
II. Ersetzung des Wiedereinsetzungsantrags 70

§ 9 Die Glaubhaftmachung der den Wiedereinsetzungsantrag begründenden Tatsachen 72

§ 10 Der Wiedereinsetzungsgrund 77

I. Ohne Verschulden des Säumigen 77
II. Ohne Verschulden des Vertreters 84

4. K a p i t e l : DIE ZUSTÄNDIGKEIT ZUR ENTSCHEIDUNG ÜBER DEN WIEDEREINSETZUNGSANTRAG 87

§ 11 Die Zuständigkeit der Erlaßbehörde 87

I. Umfang der Überprüfungs- und Abhilfepflicht 89

1.) bei belastenden Verwaltungsakten 89
2.) bei Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen 95

II. Einfluß der materiellen Rechtskraft 99
III. Einfluß der formellen Rechtskraft 101
IV. Zusammenfassung und Ergebnis 107

§ 12 Die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde 108

§ 13 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts 109

Seite

5. K a p i t e l : DAS WIEDEREINSETZUNGSVERFAHREN 121

§ 14 Die analoge Anwendbarkeit der §§ 233 ff. ZPO auf die Wiedereinsetzung gemäß § 60 VwGO 121

§ 15 Die Anhörung Betroffener 124

I. Die Anhörung Dritter 124
II. Die Anhörung Beteiligter 125

§ 16 Die Form der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag 127

I. Die Entscheidung der Erlaßbehörde 128
II. Die Entscheidung der Widerspruchsbehörde 128
III. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts 130
IV. Keine stillschweigende Wiedereinsetzung möglich 133

§ 17 Die Rechtsnatur der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag 136

§ 18 Die Anfechtung der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag 141

I. Die Entscheidung der Erlaßbehörde 145
II. Die Entscheidung der Widerspruchsbehörde 145
III. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts 147

1.) die gewährte Wiedereinsetzung 147
2.) die versagte Wiedereinsetzung 151

§ 19 Verzicht auf den Wiedereinsetzungsantrag - Zurücknahme 151

§ 20 Die Kosten der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 154

6. K a p i t e l : DIE WIRKUNG DER WIEDEREINSETZUNG IN DEN VORIGEN STAND 157

§ 21 Die Wirkung der Wiedereinsetzung im allgemeinen 157

§ 22 Durchbrechung der formellen Rechtskraft 160

§ 23 Durchbrechung der materiellen Rechtskraft 161

§ 24 Wiedereinsetzung und Suspensiveffekt 167

LITERATURVERZEICHNIS

ABRAHAM-BÜHLER-DENNEWITZ-GRUNDMANN-HENKE-HERRFAHRDT-HOLTKOTTEN-JESS-KERN-KIMMINICH-LAUN-MEDER-MENZEL-v.MÜNCHE-RUPP-SCHNEIDER-SCUPIN-STERN-UBER-VOGEL-WERNICKE-ZIPPELIUS: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg ab 1950 (Stand: 16. Lieferung Juni 1966)

ADAMOVICH, Ludwig: Handbuch des Österreichischen Verwaltungsrechts, 5. Aufl., 1. Bd., Allgemeiner und formalrechtlicher Teil, Wien 1954

ADAMOVICH-SPANNER: Handbuch des Österreichischen Verfassungsrechts, 5. Aufl., Wien 1957

ANTONIOLLI, Walter: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954

BACHOF, Otto: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949, 377

-: Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951

-: Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, S. 285

-: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97

-: Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1958, 6

-: Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 3

BARING, Martin: Die "Rechtskraft" der Verwaltungsakte, NJW 1952, 1073

BAUMBACH-LAUTERBACH: Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., München und Berlin 1965

BAUR, Fritz: Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bd. I, Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955

-: Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153 (1954), S. 393

-: Zur "Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 1

BECKER, Erich: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung (Bericht), VVDStRL 14 (1956), S. 96

BECKER, Franz: Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, Stuttgart-Brüssel 1960

BECKER-LUHMANN: Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, in: Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 16, Berlin 1963

BEINHARDT, Karl: Widerruf und Rücknahme unanfechtbar gewordener Verwaltungsakte, BayVBl. 1960, 240

BERICHT der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim Bundesministerium des Innern, Bonn 1960 (zit. Vereinfachung der Verwaltung)

BERNATZIK, Edmund: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Neudruck der Ausgabe Wien 1886, Aalen 1964

BERNER, D.: Drei Abhandlungen zum preußischen Verwaltungsstreitverfahren, VerwArch. 31 (1926), S. 428

BERNHARDT, Rudolf: Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, 302

BETH, Leo-Kai: Die Behandlung der unzulässigen aber sachlich beschiedenen Beschwerde durch das Verwaltungsgericht, ZLA 1962, 86 ff., 100 ff., 131 ff.

BETTERMANN, Karl August: Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozeßvergleichung und einer allgemeinen Prozeßrechtslehre, DVBl. 1951, 39 ff., 72 ff.

-: Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 361

-: Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München-Berlin 1957, S. 17

-: Zur Beweislast im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1957, 84

-: Das Verwaltungsverfahren, (Bericht), VVDStRL 17 (1959), S. 118

-: Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Hbd., Berlin 1959, S. 779

-: Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, DVBl. 1959, 308

-: Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, 649

-: Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrags, NJW 1960, 1081

-: Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, in: Der Staat, 1. Bd. (1962), S. 79

-: Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 449

-: Zweitanfechtung nach verspäteter Erstanfechtung, JZ 1965, 265

BITTER, Georg: Inhalt und Grenzen der Dispositionsmaxime im Verwaltungsstreitverfahren, BayVBl. 1958, 41

BLOMEYER, Arwed: Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963

BOECKH, Eckhard: Urteilsanmerkung, NJW 1962, 317

BÖTTICHER, Eduard: Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930

BOGS, Walter: Zur Bindung der Versicherungsträger an fehlerhafte Verwaltungsakte, SGb 1963, 33

BRAUCHITSCH, M.v.: Verwaltungsgesetze für Preußen, 1. Bd., 24. Aufl., Berlin 1930

BRÜGELMANN-FÖRSTER-GRAUVOGEL-KOPP-OEDEKOVEN-POHL-STAHNKE, Kommentar zum Bundesbaugesetz, Stuttgart (Stand: 11. Lieferung März 1966)

BUDER, Ernst: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der Reichszivilprozeßordnung, 1902 (Tübinger Dissertation)

BULLINGER, Martin: Zur Bestandskraft belastender Verwaltungsakte, JZ 1963, 466

BURI, Eugen: Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet?, DÖV 1962, 483

-: Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet? (Schlußbemerkung zum Aufsatz Hamann in DÖV 1962, 892), DÖV 1962, 929

-: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Widerspruchsverfahren, DÖV 1963, 498

-: Kann die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch zur Sache entscheiden?, DÖV 1964, 299

-: Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist (Schlußwort), DÖV 1964, 693

CANSTEIN, Freiherr von: Grundlagen des Kontumatialrechts, ZZP 16 (1891), S. 1

CLASEN, Heinrich: Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungsvorverfahrens als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses, NJW 1958, 861

-: Zur Unanfechtbarkeit eines verspätet eingelegten Widerspruchs, Staats- und Kommunal-Verwaltung 1966, 48

COESTER, Robert: Die Rechtskraft der Staatsakte, München und Leipzig 1927

COING, Helmut: Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln und Opladen 1959

DAPPRICH, Gerhard: Das sozialgerichtliche Verfahren, Köln-Berlin 1959

-: Die prozessualen Folgen des fehlenden Vorverfahrens, DVBl. 1960, 194

DE CLERCK, Egon: Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten, NJW 1961, 2233

-: Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, DÖV 1964, 152

DEUTSCH, Erwin: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln-Berlin-Bonn-München 1963

DÜRIG, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 117

DYROFF, Anton: Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz mit Ergänzungsband, 7. Aufl., Ansbach 1928

ENGISCH, Karl: Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964

ERNING, Adolf: Der Widerruf begünstigender mangelhafter Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, DVBl. 1960, 467

ESSER, Josef: Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960

EYERMANN-FRÖHLER: Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1950

-: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl., München und Berlin 1965

FELLNER, Michael: Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern, VerwArch. 48 (1957), S. 95

-: Grundfragen des Verwaltungsverfahrens, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 345

FLEINER, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928

FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1961

FRIESENHAHN, Ernst: Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: Recht-Staat-Wirtschaft, II. Bd., Stuttgart und Köln 1950, S. 239

-: Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Länderverfassungen, in: Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950, S. 21

GENZMER, Felix: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Bd. II, Tübingen 1932, S. 506

GIACOMETTI, Zaccaria: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. I, Zürich 1960

GÜTZKOW, Horst: Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte der Sozialleistungsträger, NJW 1964, 1449

HAAS, Diether: Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden (Art. 84 Abs. I des Grundgesetzes), AöR 80 (1955/56), S. 81

HAMANN, Andreas: Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1961

HAMANN, Fritz: Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet? Entgegnung zum Aufsatz Buri in DÖV 1962, 483), DÖV 1962, 892

HAUEISEN, Fritz: Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, NJW 1953, 1165

-: Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, 1425

-: Betrachtungen über die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, DVBl. 1959, 228

-: Der Verwaltungsakt im Lichte neuer Überlegungen, DÖV 1961, 121

-: Die Beachtung nicht gerügter Verfahrensmängel durch das Revisionsgericht, NJW 1961, 2329

-: Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren, DVBl. 1962, 881

-: Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, DVBl. 1964, 710

-: Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, 2037

-: Erst- und Zweitbescheid im Verwaltungsrecht, NJW 1965, 561

HAUSEN, Heinz von: Nochmals: Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers aus Art. 84 und 85 GG, DÖV 1960, 1

HEITZER-OESTREICHER: Bundesbaugesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1965

HELD, Hermann: Ermessen und Recht, in: Recht im Dienste der Menschenwürde, Festschrift für Herbert Kraus, Würzburg 1964, S. 123

HELLBLING, Ernst C.: Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, I. Bd., Wien 1953

HILLERMEIER, Heinz: Beteiligte und "sonst Betroffene im Sinne des § 58 VwGO, NJW 1965, 2048

HOFFMANN, Heinrich: Die Beweislast im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1957, 603

HUBER, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. II, Tübingen 1954

HUBER, Hans: Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 59

HUFNAGL, Franz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Berlin und München 1950

-: Widerruf des Verwaltungsakts, DVBl. 1951, 623

IMBODEN, Max: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 2. Aufl., Basel und Stuttgart 1962

IPSEN, Hans Peter: Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg 1932

JAHRREISS, Hermann: Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung, in: Recht-Staat-Wirtschaft, II. Bd., Stuttgart und Köln 1950, S. 203

JAROSCH, Roland: Kann die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch zur Sache entscheiden?, DÖV 1964, 296

JECHT, Hans: Zur Form der Wiedereinsetzung im Verwaltungsgerichtsprozeß, NJW 1964, 533

JELLINEK, Georg: Gesetz und Verordnung, Tübingen 1919 (Anastatischer Neudruck der Ausgabe von 1887)

-: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Aalen 1964 (Nachdruck der 2. Aufl., Tübingen 1905)

JELLINEK, Walter: Verwaltungsrecht, Berlin 1948 (Nachdruck der 3. Aufl., Berlin 1931)

-: Ein Bundesgesetz über Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1950, 513

JESCH, Dietrich: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), 163

-: Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956

-: Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961

KARL, Fritz: Zum Problem der Nachsicht bei Fristversäumnis, JR 1965, 52

KEIDEL: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 8. Aufl., München und Berlin 1963

KELLER, Walter: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, 1934 (Erlanger Dissertation)

KELSEN, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960

KLEIN, Friedrich: Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), S. 67

-: Das Verhältnis von Gesetzgebungszuständigkeit und Verwaltungszuständigkeit nach dem Grundgesetz, AöR 88 (1963), S. 377

KLEIN, Rüdiger: Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR 82 (1957), S. 75

KLINGER, Hans: Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 2. Aufl., Göttingen 1953

-: Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Göttingen 1964

KLUG, Ulrich: Juristische Logik, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1951

KNIESCH: Zur Verfassungsmäßigkeit des Vorverfahrens der Verwaltung als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses, NJW 1958, 576

KOEHLER, Alexander: Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt a.M. 1960

-: Probleme einer bundesgesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens, DÖV 1960, 612

KÖHLER, Ludwig von: Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart-Berlin 1935

KÖRNER, Gerhard: Rechtsmittelbelehrung und Fristenlauf, NJW 1960, 1184

KÖTTGEN, Arnold: Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der Bundesgesetzgebung, DÖV 1952, 422

KORMANN, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910

KRATZER, Jakob: Zustimmungsgesetze, AöR 77 (1951/52), S. 266

-: Zum Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung, BayBgm. 1953, 78

-: Der Widerspruch, BayVBl. 1960, 165

LANG, Arno: Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 52 (1961), S. 60 ff., 175 ff.

LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960

-: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964

LEONHARD, Franz: Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, Marburg 1913

LÖWE-ROSENBERG: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, 21. Aufl., 1. Bd., Einleitung, §§ 1 bis 373 a StPO, Berlin 1963

LÖWER, Kurt: Haben unzulässige Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung?, DVBl. 1963, 343

-: Zur Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO), DÖV 1963, 173

-: Widerspruchsbefugnis und Zweckmäßigkeitsnachprüfung im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren, MDR 1965, 92

-: Suspensiveffekt und Vollzugsanordnung, DÖV 1965, 829

LOPPUCH: Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt, NJW 1953, 1126

LÜKE, Gerhard: Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, 41

MADER, Erich: Ausschluß des Widerspruchs durch Zeitablauf, BayVBl. 1965, 375

MAINKA, Johannes: Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bonn 1963 (Dissertation)

MALLMANN, Walter: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, (Bericht), VVDStRL 19 (1961), S. 165

MANG, Johann: Befristung des Widerspruchs nach § 58 Abs. 2 VwGO, BayVBl. 1964, 396

VON MANGOLDT-KLEIN: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt, Bd. I 1957; Bd. II 1964

MANNLICHER, Egbert: Das Verwaltungsverfahren, 7. Aufl., Wien 1964

MARTENS, Joachim: Der Anspruch auf Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes, NJW 1963, 1856

MAUNZ-DÜRIG: Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin ab 1958 (Stand: 8. Lieferung März 1966)

MAURER, Hartmut: Die Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte, DÖV 1966, 477

MAYER, Franz: Verfahrensgrundsätze der Verwaltung, BayVBl. 1960, 332

MAYER, Otto: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, AöR 21 (1907), S. 1

-: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1924

MELICHAR, Erwin: Das Verwaltungsverfahren (Mitbericht), VVDStRL 17 (1959), S. 183

MENGER, Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954

-: Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 427

-: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 50 (1959), S. 273; VerwArch. 54 (1963), S. 200; VerwArch. 55 (1964), S. 389

MENGER-ERICHSEN: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 56 (1965), S. 290

MERK, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., Berlin 1962

MERKL, Adolf: Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Leipzig und Wien 1923

-: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927

MÖRTEL, Georg: Auswirkungen der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13, (Berlin 1962), S. 137

MÜLLER, Hanswerner: Rechtsmittelbelehrung als Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts, NJW 1957, 1347

MÜLLER, Heinrich-Wolfgang von: Die Prüfung der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs im Aussetzungsverfahren, ZMR 1962, 193

MUSTERENTWURF eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), Köln und Berlin 1964

NAUMANN, Richard: Rechtsmittelbelehrung und Zustellung bei Verwaltungsakten, DV 1948, 137

-: Wiedereinsetzung und Vertreterverschulden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DV 1949, 9

-: Die Verwaltungsgerichtsordnung (Schluß), DÖV 1960, 361

-: Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 365

NAWIASKY, Hans: Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Einsiedeln-Zürich-Köln 1948

-: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln 1950

NEBINGER, Robert: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949

NEUMANN, Siegfried: Die Grenzen des Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht, NJW 1962, 1085

NIEDERMAYER, Herbert: Urteilsanmerkung, NJW 1961, 621

NOACK, Erich Erwin: Die Rechtsmittelbelehrung als Voraussetzung für den Fristenlauf, DÖV 1961, 216

OBERMAYER, Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart- München-Hannover 1956

-: Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden, NJW 1963, 1177

PENN, Otto: Unmittelbare Verwaltungsgerichtsbarkeit? (Erwiderung zum Aufsatz Wiethaup in DÖV 1952, 301), DÖV 1953, 47

PETERS, C.: Wiedereinsetzung, Wiederaufnahme und zwischenzeitlich erworbene Rechte Dritter. Dazu ein Wort über die Methode des Denkens im Recht, MDR 1954, 193

PETERS, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949

PETERS-SAUTTER-WOLFF: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart 1962 (Stand: 13. Nachtrag Juni 1966)

PÖTTER, Wilhelm: Gegenwartsfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat, Bd. 3 (1964), S. 183

POLLAK, Rudolf: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Wien 1898

REDEKER, Konrad: Die Verwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, 409

-: Verfahrensrechtliche Bindungen der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 475

REDEKER-VON OERTZEN: Verwaltungsgerichtsordnung, 1. Aufl., Münster Westf. 1960 (zit. 1. Aufl.) 2. Aufl., Stuttgart 1965

REUSS, Hermann: Das Verwaltungsverfahren - psychologisch betrachtet, DÖV 1958, 656

ROHWER-KAHLMANN, Harry: Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13 (Berlin 1962), S. 37

-: Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, Kommentar, Bad Godesberg (Stand: 12. Lieferung August 1966)

ROOS, Gottfried: Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955, S. 117

ROSENBERG, Leo: Die Beweislast, 4. Aufl., München und Berlin 1956

-: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961

RUCKRIEGEL, Werner: Beweislast und Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß, DÖV 1958, 531

RUPP, Hans Heinrich: Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85 (1960), S. 150 ff., 301 ff.

-: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965

SAUER, Wilhelm: Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-Detmold-Köln-München 1951

SENDLER, Horst: Das Verfahren der Berliner Verwaltung, DÖV 1959, 439

SEUBERT, Otto: Zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, BayVBl. 1963, 208

SIBER, Heinrich: Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, Leipzig 1931

SIEGMUND-SCHULTZE, Gerhard: Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVBl. 1963, 745

-: Urteilsanmerkung, DVBl. 1965, 91

SIEVEKING, Friedrich B.: Die neue Verwaltungsgerichtsordnung, MDR 1960, 177

SPANNER, Hans: Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 1957, 640

-: Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren, DÖV 1958, 651

SPANNER, Hans: Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 43 DJT, Bd. I, 2. Teil A, Tübingen 1960, S. 1

-: Einige Bemerkungen zum Entwurf einer Finanzgerichtsordnung, DÖV 1963, 736

-: Ein Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1964, 845

-: Wieder einmal: Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, DÖV 1965, 154

SCHACK, Friedrich: "Analogie" und"Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken" bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, in: Festschrift zu Ehren von Prof. Dr. jur. Rudolf Laun, Hamburg 1948, S. 273

SCHÄFER, Hans: Endlich eine bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung!, JZ 1960, 73

-: Die Bundesauftragsverwaltung, DÖV 1960, 641

SCHÄFER, Walter: Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung?, DVBl. 1962, 844

SCHEFFLER, Friedrich: Erleichterung der Wiedereinsetzung, NJW 1964, 993

SCHLEGELBERGER, Franz: Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Aufl., Köln-Berlin 1956

SCHMIDT, Reiner: Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953

SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956

SCHOLLER, Heinz: Die Sachherrschaft der Widerspruchsbehörde, DÖV 1966, 232

SCHRAFT, Hans: Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, Berlin 1961

SCHÜLE, Adolf: Der streitentscheidende Verwaltungsakt, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, herausgegeben von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957, S. 277

SCHÜTZ-FROHBERG: Kommentar zum Bundesbaugesetz, 2. Aufl., Darmstadt 1962

SCHULTZENSTEIN: Die Rechtskraft der Entscheidung der Verwaltungsbehörden, in: Verhandlungen des 26. DJT, 1. Bd., Berlin 1902, S. 86

-: Zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung von Notfristen, ZZP 39 (1909), S. 1

SCHUMANN, Ekkehard: Die sozialgerichtliche Klage als gleichzeitiger Widerspruch?, NJW 1965, 2090

SCHUNCK-DE CLERCK: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg 1961

STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., Tübingen ab 1953 (Stand: Juli 1960)

STERN, Klaus: Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, Berlin 1964

-: Verwaltungsprozessuale Grundprobleme in der öffentlichen Arbeit, JuS 1965, 139 ff., 183 ff., 232 ff., 270 ff., 306 ff.

STICH, Rudolf: Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Verwaltungsstreitverfahren, DVBl. 1956, 325

-: Was ist bei fehlendem Vorverfahren zu tun?, DVBl. 1960, 378

STIEFEL, Karl: Zum Recht auf Widerspruchsbescheid, BaWüVBl. 1966, 2

THOMAS-PUTZO: Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen, 2. Aufl., München und Berlin 1965

TIETGEN, Walter: Urteilsanmerkung, DVBl. 1956, 683

TSCHIRA, Oskar/SCHMITT, Walter: Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 VwGO, BayBgm. 1962, 1

ULE-BECKER: Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, Köln und Berlin 1964

ULE, Carl Hermann: Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der Generalklausel, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. III, Düsseldorf 1951, S. 260

-: Die künftige Verwaltungsgerichtsordnung, JZ 1953, 681

-: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1957, 597

-: Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, 537

-: Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn 1962 (M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder. Neu herausgegeben von C.H. Ule, Bd. I, 2. Hbd.)

VERWALTUNGSRECHTSORDNUNG FÜR WÜRTTEMBERG, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. Im Anhang: Der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg, Stuttgart 1931

VIALON, Friedrich Karl: Haushaltsrecht, Kommentar zur Haushaltsordnung (RHO) und zu den Finanzbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1959

WACKE, Gerhard: Gegenstand und Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Klage, AöR 79 (1953/54), S. 158

WALENTA, Helmut: Macht die Versäumung der Widerspruchsfrist die Klage vor dem Verwaltungsgericht unzulässig?, NJW 1966, 642

WEIDES, Peter: Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlichrechtlichen Arbeit, JuS 1964, 62 ff., 112 ff., 275 ff., 314 ff., 446 ff., 483 ff.

WELLER, Eberhard: Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist, DÖV 1964, 691

WEYREUTHER, Felix: Die Gesetzesbindung der Verwaltung und ihre Grenzen, DVBl. 1964, 893

WIECZOREK, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, Bd. 1, Teil 2, ZPO 1. Buch: Allgemeine Vorschriften, §§ 108-252, Berlin 1957

WIETHAUP, Hans: Unmittelbare Verwaltungsgerichtsbarkeit?, DÖV 1952, 301

WILHELM, Bernhard: Aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe nur bei Zulässigkeit?, BayVBl. 1965, 199

WÖCKEL, Heribert: Aufschiebende Wirkung unzulässiger Rechtsbehelfe nach den Verwaltungsgerichtsgesetzen?, BayVBl. 1958, 108

WOLFF, Hans J.: Die Voraussetzungen eines "besonderen Verwaltungsgerichts", dargestellt am Beispiel der Spruchkammern bei den Oberversicherungsämtern, MDR 1951, 67

-: Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München und Berlin 1965
Verwaltungsrecht III, München und Berlin 1966

WURST, Robert: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im allgemeinen Verwaltungsverfahren, JurBl. 1962, 366

ZEIDLER, Karl: Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, in: Der Staat, 1. Bd. (1962), S. 321

ZIEMER-BIRKHOLZ: Finanzgerichtsordnung, Kommentar, München und Berlin 1966

ZITELMANN, Ernst: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900

ZSCHACKE, Rudolf: Die Rücknahme unanfechtbarer rechtswidriger belastender Verwaltungsakte der Leistungsverwaltung, DVBl. 1962, 322

E i n l e i t u n g

In unserer Rechtsordnung ist dem Staatsbürger zur wirksamen Vornahme einer rechtserheblichen Handlung oftmals eine Frist gesetzt. Gewöhnlich ist auch dafür gesorgt, daß der Betroffene keine Rechtsnachteile erleiden muß, wenn er infolge widriger Umstände diese Frist nicht einhalten konnte. Unter bestimmten Voraussetzungen wird dem säumigen Staatsbürger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, wodurch nachteilige Folgen der Fristversäumung gar nicht erst eintreten oder nachträglich beseitigt werden.

Die Bestimmungen über die Wiedereinsetzung in den verschiedensten Gesetzen sind einander sehr ähnlich oder stimmen nahezu wortwörtlich überein. In der Verwaltungsgerichtsordnung hat der Gesetzgeber für die Widerspruchsfrist (§ 70 VwGO) von einer eigenen Regelung der Wiedereinsetzung abgesehen und den beliebten, aber gefährlichen Weg der Analogie gewählt. Dabei wurde offenbar nicht bedacht, daß § 60 VwGO auf das gerichtliche Verfahren abgestimmt ist und daher den besonderen Verhältnissen des administrativen Vorverfahrens nicht völlig gerecht werden kann. Die gebotene Analogie muß daher notwendig Schwierigkeiten bereiten.

In dieser Arbeit wird versucht, den vom Gesetzgeber gebotenen Analogieschluß zu ziehen und gleichzeitig die rechtlichen Besonderheiten des der Anfechtungs- und Versagungsgegenklage vorgeschalteten Vorverfahrens zu beachten. Zunächst müssen Ausführungen allgemeiner Art über das Vorverfahren angestellt werden (1. Kapitel). Erst nachdem sich auf diese Weise die rechtliche Bedeutung der Widerspruchsfrist für das Vorverfahren und das verwaltungsgerichtliche Verfahren ergibt, kann, nach einigen kurzen Gedanken über die Wiedereinsetzung im allgemeinen (2. Kapitel), die Erörterung über die entsprechende Anwendung des § 60 VwGO erfolgen (3., 4. und 5. Kapitel). Abschließend wird die Wirkung der Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist dargelegt (6. Kapitel).

1. K a p i t e l :

DAS VORVERFAHREN

§ 1 Sinn und Zweck des Vorverfahrens

I. Entlastung der Verwaltungsgerichte

Das der Anfechtungs- und Versagungsgegenklage gemäß § 68 VwGO regelmäßig vorgeschaltete Vorverfahren hat den Zweck, die Verwaltungsgerichte zu entlasten und vor vermeidbaren Prozessen zu bewahren[1]. Damit Rechtsstreitigkeiten gar nicht erst aufkommen, hat die Verwaltung eine gütliche Erledigung des Widerspruchs anzustreben[2]. Die Verwaltungsgerichte sollen erst befaßt werden, wenn die Verwaltung nach sorgfältiger Überprüfung der beanstandeten Maßnahme auf ihrem ursprünglichen Standpunkt beharrt. Das Vorverfahren hat demnach die Funktion eines "Klagefilters"[3].

Wenn dem Widerspruch nach eingehender Überprüfung des angegriffenen Verwaltungsakts nicht stattgegeben werden kann, ergeht ein Widerspruchsbescheid, der zu begründen ist (§ 73 Abs. 3 VwGO). Aus der Begründung des Widerspruchsbescheids, der der Klage beigefügt werden woll (§ 82 Abs. 1 Satz 2 VwGO), kann sich das Verwaltungsgericht schnell einen Überblick über den Sach- und Streitstand verschaffen. Damit wird dem Verwaltungsgericht die sofortige Prüfung ermöglicht, ob die Klage wegen Unzulässigkeit oder offenbarer Unbegründetheit durch einen Vorbescheid

---

1) BETTERMANN, Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, DVBl. 1959, 308 (311); SPANNER, Ein Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1964, 845 (846); STICH, Was ist bei fehlendem Vorverfahren zu tun?, DVBl. 1960, 378 (380).
BVerwG v. 13.12.56 - BVerwGE 4, 203;
BVerwG v. 27.2.63 - DVBl. 1963, 406;
BT-Drucksache, 3. Wahlperiode, 1957, Nr. 55, S. 38.

2) Vgl. § 9 Abs. 1 HessAGVwGO.

3) PÖTTER, Gegenwartsfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat, Bd. 3, S. 183 (196) verneint die Notwendigkeit einer Filterfunktion.

abzuweisen ist[4].

Eine Entlastung der Verwaltungsgerichte bewirkt - neben der Klagefrist - die Befristung des Widerspruchs. Da ein rechtzeitiger Widerspruch Sachurteilsvoraussetzung ist, ist eine Klage, die auf einen verspätet erhobenen Widerspruch hin erfolgt, als unzulässig abzuweisen[5].

Die größtmögliche Entlastung der Verwaltungsgerichte wird jedoch nicht erreicht, da das Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung bei der Klageerhebung noch nicht nachgewiesen werden muß, sondern nachgeholt werden kann.

Mit der Vorschaltung des Vorverfahrens hat der Gesetzgeber das System der "nachträglichen Verwaltungsstreitsachen"[6] durch eine zweite Verwaltungsinstanz ausgebaut. Dieser heute in der Wissenschaft kaum mehr verwendete[7] Begriff umfaßt Rechtsstreitigkeiten im sogenannten Über- und Unterordnungsverhältnis, denen bereits eine potentiell verbindliche Entscheidung der Verwaltung vorausgegangen ist, die nun (im Anfechtungsprozeß) angegriffen wird. Die erfolglose Durchführung eines administrativen Rechtsbehelfsverfahrens ist zwar kein begriffsnotwendiges Wesensmerkmal der "nachträglichen Verwaltungsstreitsachen"[8], steht damit aber auch nicht in Widerspruch.

---

4) § 84 Abs. 1 VwGO. - BT-Drucksache, 3. Wahlperiode, 1957, Nr. 55, S. 40.

5) Vgl. hierzu § 3 II, S. 23 f.

6) Zu diesem Begriff vgl. O.MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., S. 152; FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 253; GENZMER, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: HDStR II, S. 506 (510); W.JELLINEK, Verwaltungsrecht, S. 315.

7) Dieser Begriff findet sich - soweit ersichtlich - in der neueren Literatur nur bei MENGER, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 137 f., 219 f.; KLINGER, § 68 VwGO Anm. B 1 und WOLFF, Verwaltungsrecht III, § 172, S. 396 f.

8) So MENGER, (Fn. 7);
a.A. wohl W.JELLINEK, (Fn. 6); FLEINER, (Fn. 6); MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 84.

II. Selbstkontrolle der Verwaltung

Das Vorverfahren ist auch im Interesse der Verwaltung geschaffen worden[9]. Dadurch, daß der Staatsbürger angehalten ist, zunächst mit dem Widerspruch eine eingehende Überprüfung des Verwaltungsakts durch die Verwaltungsbehörde anzuregen, wird ein Doppeltes erreicht. Für die Verwaltungsbehörde hat das Vorverfahren einmal die Funktion einer Klageandrohung und Prozeßwarnung[10]. Sie erkennt, daß der Widerspruchsführer mit dem Verwaltungsakt nicht einverstanden ist und mit einer Klärung der Angelegenheit vor Gericht gerechnet werden muß. Die weit größere Bedeutung des Vorverfahrens liegt jedoch darin, daß der Verwaltungsbehörde vor einer richterlichen Überprüfung ihrer Entscheidung die Gelegenheit zur S e l b s t k o n t r o l l e und S e l b s t k o r r e k t u r eingeräumt ist. Die Möglichkeit einer Berichtigung fällt vor allem ins Gewicht bei Verwaltungsakten, die massenweise unter summarischer Würdigung des Sachverhalts ergangen sind oder bei deren Erlaß der Behörde nur ein Versehen unterlaufen ist[11].

Die Verwaltungsbehörde hat die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts an der augenblicklichen Rechts- und Sachlage[12] zu messen. Eine nach Erlaß des angefochtenen Verwaltungsakts eingetretene Änderung der Rechtslage bleibt nur außer Betracht, wenn das ändernde Gesetz die Berücksichtigung ausdrücklich verbietet[13]. Die Verwaltungsbehörde darf im Vorverfahren eine andere Rechtsauffassung vertreten als beim Erlaß des ursprünglichen Verwaltungsakts und sie muß neues rechtliches und tatsächliches Vorbringen des Betroffenen in ihre kontrollierende Überlegung einbeziehen.

---

9) BETTERMANN, (Fn. 1), S. 311; STICH, (Fn. 1), S. 380.

10) BETTERMANN, (Fn. 1), S. 311.

11) STICH, (Fn. 1), S. 380.

12) KLINGER, § 73 VwGO Anm. B 1 b; KOEHLER, § 72 VwGO Anm. III; SCHUNCK-DE CLERCK, § 72 VwGO Erl. 1.

13) BVerwG v. 6.4.55 - BVerwGE 2, 55 (62);
BayVGH v. 8.11.55 - BayVBl. 1956, 92.

Bei Ermessensentscheidungen ist außerdem die Zweckmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts erneut zu erwägen. Die Verwaltung muß das von ihr ausgeübte Ermessen v o l l s t ä n d i g überprüfen und nicht nur auf Ermessensfehler hin untersuchen. Die beanstandete Maßnahme muß, um aufrechterhalten werden zu können, der jetzigen Tatsachenlage angemessen, also noch immer zweckmäßig sein.
Die uneingeschränkte Kontrolle des angefochtenen Verwaltungsakts bedeutet praktisch, daß die Verwaltung den Erlaß des Verwaltungsakts "im Geiste" erneut vorzunehmen hat und dann prüfen muß, ob der neue Verwaltungsakt mit dem ursprünglichen "in Deckung" gebracht werden kann. Soweit sich eine völlige Inkongruenz zeigt, ist der ursprüngliche Verwaltungsakt aufzuheben und der neue zu erlassen, bei teilweiser Inkongruenz besteht die Pflicht, den ursprünglichen Verwaltungsakt entsprechend abzuändern und bei völliger Kongruenz muß der angefochtene Verwaltungsakt aufrecht erhalten und der Widerspruch zurückgewiesen werden. Am Schluß des Vorverfahrens soll als endgültige Entscheidung der Verwaltung ein Verwaltungsakt vorliegen, der rechtmäßig und zweckmäßig ist und einer eventuellen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle standhält.

III. Schutz des Staatsbürgers

Das Vorverfahren dient auch dem Rechtsschutz und dem Interesse des betroffenen Staatsbürgers[14]. Dies ist aber kein spezifischer Zweck des Vorverfahrens, sondern die normale Funktion eines Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelverfahrens[15].
Nach MENGER[16] hat der Widerspruch keine Rechtsschutzfunktion, sondern dient nur der Selbstkontrolle der Verwaltung. Eine Rechtsschutzfunktion sei unvereinbar mit Art. 92 GG.
Rechtsschutz ist nicht nur der gerichtliche Rechtsschutz. Unter

---

14) BETTERMANN, (Fn. 1), S. 311; STICH, (Fn. 1), S. 380; EYERMANN-FRÖHLER, § 72 VwGO Rn. 1. BT-Drucksache, 3. Wahlperiode, 1957, Nr. 55, S. 38.

15) BETTERMANN, (Fn. 1), S. 311.

16) MENGER, VerwArch. 54, 200.

Rechtsschutz im weitesten Sinn versteht man die Gesamtheit der staatlichen Einrichtungen, deren Zweck es ist, den gewaltunterworfenen Staatsbürger vor Rechtsnachteilen oder Beeinträchtigungen zu schützen und ihm bereits zugefügte Nachteile zu beseitigen. Darunter fällt im Bereich der Exekutive die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)[17] sowie die Behördenordnung mit ihren Verfahrens- und Formvorschriften[18].
Gewöhnlich wird der Begriff "Rechtsschutz" im engeren Sinne verstanden als die rechtlich garantierte Möglichkeit des Staatsbürgers, sich gegen beschwerende Akte der Staatsgewalt mit spezifischen Rechtsmitteln zur Wehr zu setzen. Eine Beschränkung auf prozessuale Rechtsbehelfe und den gerichtlichen Rechtsschutz widerspricht dem Wesen des Rechtsstaats. Auch die im Bereich der Verwaltung bestehenden Rechtsbehelfsverfahren sind Rechtsschutzeinrichtungen[19].
Allerdings ist die Effektivität des Widerspruchs insofern etwas schwächer als die prozessualer Rechtsmittel, da der Verwaltung für den Widerspruch keine Pflicht zur Bescheidung auferlegt ist[20]. Zum anderen ist die Erlaßbehörde, bei der der Widerspruch eingelegt werden muß, vielleicht nicht immer geneigt, ihr fehlerhaftes Handeln einzugestehen und den beanstandeten Verwaltungsakt aufzuheben oder abzuändern. Die Chance einer Berichtigung des Verwaltungsakts ist größer, wenn eine mit der Erlaßbehörde nicht identische Widerspruchsbehörde mit der Sache befaßt wird, ist aber wiederum sehr gering, wenn der angefochtene Verwaltungsakt bereits auf Weisung der Aufsichts- und Widerspruchsbehörde hin ergangen ist[21].

---

17) FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 462.

18) W.JELLINEK, Verwaltungsrecht, S. 290.

19) BECKER, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, S. 185; WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 19 VI b, S. 78; ANTONIOLLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 265; HELLBLING, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, Bd. I, Zu § 63 AVG, S. 367.

20) Vgl. dagegen § 73 öAVG.

21) ADAMOVICH-SPANNER, Handbuch des Österreichischen Verfassungsrechts, S. 115.

Trotzdem gewähren die Rechtsbehelfe der Verwaltung wirklichen Rechtsschutz. Mit dem Widerspruch kann der Betroffene die gründlichste und umfassendste Überprüfung des Verwaltungsakts anregen. Da der angefochtene Verwaltungsakt zu untersuchen ist auf seine Rechtmäßigkeit (Rechtskontrolle) und Zweckmäßigkeit (Ermessenskontrolle), erfolgt eine uneingeschränkte Überprüfung des Verwaltungshandelns, vor allem eine vollständige Kontrolle des von der Behörde ausgeübten Ermessens. Das Verwaltungsgericht ist dagegen nur zur Rechtskontrolle berechtigt und darf den Verwaltungsakt lediglich auf Ermessensfehler hin überprüfen (§ 114 VwGO), darf aber nicht selbst Ermessenserwägungen anstellen. Außerdem kann auf eine Anfechtungsklage hin nur die ganze oder teilweise Kassation des Verwaltungsakts erfolgen, dagegen keine Reformation wie im Vorverfahren. Die im Vorverfahren vorgesehene vollständige Überprüfung des Verwaltungsakts bietet dem Betroffenen also mehr Angriffspunkte und die Chance, die Aufhebung oder Änderung eines bloß unzweckmäßigen Verwaltungsakts zu erreichen, der der reinen Rechtskontrolle durch das Verwaltungsgericht standhalten würde.
Diese spezifische Funktion des Vorverfahrens, die unbeschränkte Ermessenskontrolle, ist für den Betroffenen unersetzbar und darf keineswegs unterschätzt werden. Das Vorverfahren ist daher schon aus diesem Grunde für Ermessensentscheidungen nicht überflüssig und hat seine selbständige Bedeutung[22].

---

22) MENGER, (Fn. 7), S. 133; PENN, Unmittelbare Verwaltungsgerichtsbarkeit?, DÖV 1953, 47 (48);
a.A. WIETHAUP, Unmittelbare Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1952, 301; PÖTTER, (Fn. 3), S. 196.
Deshalb ist der in § 56 EVwVerfG 1963 vorgesehene Wegfall des Vorverfahrens vor Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage gegen einen Verwaltungsakt, der in einem förmlichen Verfahren erlassen worden ist, nicht unbedenklich.

§ 2 Verfassungsmäßigkeit des Vorverfahrens

I. Grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit

Gegen die Vorschaltung eines Verwaltungsvorverfahrens vor die verwaltungsgerichtliche Klage bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken[1].

Der Zwang, vor der Anfechtungs- und Versagungsgegenklage in der Regel ein Vorverfahren durchzuführen, ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Es ist nach geltendem Verfassungsrecht nicht notwendig, dem Staatsbürger die Wahl zwischen der Beschreitung des Verwaltungswegs und der sofortigen Anrufung des Verwaltungsgerichts einzuräumen[2]. Der Staatsbürger kann durchaus angehalten werden, den angegriffenen Verwaltungsakt zunächst im Verwaltungsverfahren eingehend überprüfen zu lassen, bevor er Klage an das Verwaltungsgericht erhebt. Das der verwaltungsgerichtlichen Klage vorgeschaltete Vorverfahren liegt sogar im wohlverstandenen eigenen Interesse des Betroffenen[3].

Das Widerspruchsverfahren bedeutet keine Beschneidung der Rechte der gleichgeordneten dritten Gewalt[4]. Rechtsweg im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG ist der "Weg zum Richter", also der Weg zu

---

1) BVerwG v. 9.5.58 - NJW 1959, 402;
BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Hbd., S. 779 (807 sub 10); CLASEN, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungsvorverfahrens als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses, NJW 1958, 861; DAPPRICH, Die prozessualen Folgen des fehlenden Vorverfahrens, DVBl. 1960, 194 (195); DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 19, Abs. 4 GG Rn. 15; SENDLER, Das Verfahren der Berliner Verwaltung, DÖV 1959, 439 (446 Anm. 74); ULE, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, 537 (539).

2) A.A. KNIESCH, Zur Verfassungsmäßigkeit des Vorverfahrens der Verwaltung als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses, NJW 1958, 576 (577).

3) Vgl. hierzu § 1 III, S. 5
ebenso CLASEN, (Fn. 1), S. 861.

4) A.A. KNIESCH, (Fn. 2), S. 577.

den staatlichen Gerichten[5]. Der Begriff "Rechtsweg" bedeutet mit anderen Worten die Möglichkeit der Anrufung von echten Gerichten, d.h. Spruchstellen, die "rechtlich und tatsächlich in der Lage sind, unabhängig und unparteiisch zu urteilen"[6]. In Betracht kommen auch Behörden, die, ohne ausdrücklich als Gerichte bezeichnet zu sein, materiell und funktionell gesehen, richterliche Tätigkeit ausüben und als echte Gerichte anzusehen sind[7].

Die Überprüfung des Verwaltungsakts im Vorverfahren auf seine Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit durch die Verwaltungsbehörden ist aber gewöhnliche Verwaltungstätigkeit im Rahmen ihrer Verwaltungsaufgaben. Das Vorverfahren ist ein reines Verwaltungsverfahren[8]. Der Widerspruch ist auch kein Rechtsmittel im

---

5) DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 39 sub 2 a; v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 19 GG Anm. VII 5; WERNICKE, in: Bonner Kommentar, Art. 19 GG Erl. II 4 f.

6) WERNICKE, in: Bonner Kommentar, Art. 19 GG Erl. II 4 e; KLEIN, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8, 67 (93 ff.); FRIESENHAHN, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: Recht-Staat-Wirtschaft II, S. 239 (270); ders.: Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in: Festschrift für Thoma, S. 21 ff.; JAHRREISS, Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung, in: Recht-Staat-Wirtschaft II, S. 203 (212); JELLINEK, Ein Bundesgesetz über Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1950, 513 (515 sub IX); BACHOF, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949, 377 (379 f.); WOLFF, Die Voraussetzungen eines "besonderen Verwaltungsgerichts", MDR 1951, 67 (68 ff.).

7) WERNICKE, in: Bonner Kommentar, Art. 19 GG Erl. II 4 f; WOLFF, (Fn. 6), S. 69.

8) Vollkommen h.M., BETTERMANN, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17, 118 (119); FELLNER, Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern, VerwArch. 48, 95 (98); HAUEISEN, Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren, DVBl. 1962, 881; KRATZER, Der Widerspruch, BayVBl. 1960, 165 (166); MENGER, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 132 Anm. 4; REUSS, Verwaltungsverfahren - psychologisch betrachtet, DÖV 1958, 656 (657);
a.A. BVerwG v. 6.12.63 - BVerwGE 17, 246 (248): "das Vorverfahren verfahrensrechtlich einen Bestandteil des in der Verwaltungsgerichtsordnung geregelten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens darstellt".

streng prozessualen Sinn[9], sondern ein Rechtsbehelf, der neben dem Rechtsschutz des Betroffenen der Selbstkontrolle der Verwaltung dient. Die Entscheidung der Verwaltungsbehörden im Vorverfahren ist kein Akt der Rechtsprechung, sondern ein Verwaltungsakt[10], da den entscheidenden Verwaltungsbehörden die sachliche Unabhängigkeit und Neutralität fehlt, was für die Rechtsprechung begriffsnotwendig ist[11]. Die Verwaltungsbehörden greifen also durch ihre Tätigkeit im Vorverfahren nicht in die Aufgaben und Befugnisse der Rechtsprechung ein.
Das zwingend vorgeschriebene Vorverfahren führt auch nicht zu einer zu späten, von der Verfassung nicht gewollten Einschaltung der Rechtspflege und es bedeutet daher keine "Beschränkung und Aushöhlung" des Art. 19 Abs. 4 GG[12], wenn der Betroffene erst nach Durchführung des Vorverfahrens zu einem Urteil kommen kann. Art. 19 Abs. 4 GG läßt nämlich dem einfachen Gesetzgeber hinsichtlich der Gestaltung des Verfahrens einen weiten Spielraum[13]. So kann die Beschreitung des Rechtsweges von der Erfüllung bestimmter formaler Voraussetzungen abhängig gemacht werden[14]. Der Gesetzgeber ist daher durchaus berechtigt, vor der Klageerhebung die eingehende Überprüfung des angegriffenen Verwaltungsakts durch die Verwaltungsbehörden zur Regel zu machen.
Nach dem klaren Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 GG steht jemandem der Rechtsweg offen, wenn er durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist. Die durch den Widerspruch angeregte Überprüfung des Verwaltungsakts auf seine Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit und die daraufhin ergehende Entscheidung über den Widerspruch gehören noch dem Verwaltungsverfahren an. Mit dem ursprünglichen Verwaltungsakt ist dieses Verfahren noch

---

9) So auch CLASEN, (Fn. 1), S. 861; a.A. wohl FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 498.

10) Vgl. hierzu eingehend LOPPUCH, Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung zum Rechtsprechungsakt, NJW 1953, 1126.

11) Vgl. die in Fn. 6) Genannten.

12) So aber KNIESCH, (Fn. 2), S. 577.

13) HAMANN, Art. 19 GG Anm. B 17.

14) BVerfG v. 17.3.59 - BVerfGE 9, 194 (199);
BVerfG v. 12.1.60 - BVerfGE 10, 264 (267).

gar nicht abgeschlossen. Erst mit dem Widerspruchsbescheid liegt ein endgültiger Akt der Verwaltung und damit der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG vor[15]. Der ursprüngliche Verwaltungsakt und der im Vorverfahren ergehende Widerspruchsbescheid sind Entwicklungsstadien eines identischen Gebildes. Bis zum Erlaß eines Widerspruchsbescheids, der das Vorverfahren abschließt, befindet sich der Verwaltungsakt noch "in statu nascendi"[16]. Diese Entwicklung des Verwaltungsakts kommt deutlich in § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zum Ausdruck, wonach Gegenstand der Anfechtungsklage der ursprüngliche Verwaltungsakt ist, "in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat". Ist der Widerspruchsführer durch den endgültigen Verwaltungsakt der Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt, so steht ihm nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 GG der Rechtsweg offen. Der Weg zum Gericht ist also unmittelbar nach Abschluß des Verwaltungsverfahrens gegen eine rechtsverletzende Maßnahme der Exekutive eröffnet. Wenn der Betroffene klagt, ohne das vorgeschriebene Vorverfahren eingehalten zu haben, so ist ihm der Rechtsweg keineswegs verschlossen, seine Klage wird nur wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung als unzulässig abgewiesen[17]. Die Vorschaltung des Vorverfahrens ist daher kein Rechtswegproblem.

Da gegen rechtsverletzende Maßnahmen der öffentlichen Gewalt zwingend der Rechtsweg gegeben sein muß, wäre es selbstverständlich mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, die Beschreitung des Rechtsweges von einem Vorverfahren derart abhängig zu machen, daß über den Widerspruch des Betroffenen ablehnend und

---

15) Es ist unbestritten, daß unter den Begriff "öffentliche Gewalt" die Exekutive fällt. Vgl. DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 19; HAMANN, Art. 19 GG Anm. B 14; v.MANGOLDT-KLEIN, Art. 19 GG Anm. VII 2 b; WERNICKE, in: Bonner Kommentar, Art. 19 GG Erl. II 4 e; KLEIN, (Fn. 6), S. 107.

16) So REUSS, Das Verwaltungsverfahren - psychologisch betrachtet, DÖV 1958, 656.
A.A. BVerwG v. 6.4.55 - BVerwG 2, 55 (64).

17) Vgl. hierzu § 3, S. 20 ff.

endgültig entschieden sein muß[18]. Die Exekutive hätte es dann in der Hand, durch Unterlassung oder Verzögerung der Entscheidung über den Widerspruch zu bestimmen, ob oder wann der Verletzte klagen kann.
Gegen einen eventuellen Klageboykott der Verwaltungsbehörden ist aber eine Sicherung eingebaut. Hat die Behörde über einen Widerspruch oder einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts in angemessener Frist sachlich[19] nicht entschieden, so ist nach § 75 VwGO die Klage zulässig, ohne daß der Betreffende den Erlaß eines Widerspruchsbescheids abwarten muß[20]. Die Verwaltungsbehörde hat daher nie die Möglichkeit, durch Unterlassung oder Verzögerung der beantragten Entscheidung die Beschreitung des Rechtswegs zu verhindern oder beliebig hinauszuschieben.

II. Verfassungsgemäßes Zustandekommen

1.) als "gerichtliches Verfahren"

Der Bundesgesetzgeber hat den Erlaß der Verwaltungsgerichtsordnung einschließlich des Vorverfahrens nach dem 8. Abschnitt auf

---

18) BETTERMANN, (Fn. 1), S. 807.
BVerwG v. 2.7.54 - ZMR 1954, 318;
BVerwG v. 2.10.59 - DVBl. 1960, 208 (209).
Vgl. dazu § 32 Abs. 4 BerlVerwVerfG i.d.F. vom 2.10.58 (durch §§ 68 ff. VwGO ersetzt), wonach die Klage erst nach Erledigung des Vorverfahrens zulässig ist. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG!

19) Eine "sachliche" Entscheidung im Sinne des § 75 VwGO ist ein in der Hauptsache ergehender endgültiger Bescheid, nicht nur eine Entscheidung über Vor- und Nebenfragen oder ein Zwischenbescheid. EYERMANN-FRÖHLER, § 75 VwGO Rn. 2; KLINGER, § 75 VwGO Anm. B; KOEHLER, § 75 VwGO Anm. II 3 c; REDEKER-VON OERTZEN, § 75 VwGO Anm. 3; ULE, §§ 74-76 VwGO Anm. II 1, S. 262.

20) Die Formulierung in § 75 VwGO "so ist die Klage abweichend von § 68 zulässig" ist, soweit ein ablehnender Bescheid ergangen ist, irreführend. Es wird hier keineswegs auf das Vorverfahren verzichtet, sondern nur auf seine völlige Durchführung. Auch die Klage unter den Voraussetzungen des § 75 VwGO ist - mit Ausnahme der reinen Vornahmeklage - nur zulässig, wenn ordnungsgemäß ein Vorverfahren in Gang gebracht worden ist. Die Abweichung von § 68 VwGO liegt nur im Verzicht auf einen Widerspruchsbescheid.

die Kompetenz aus Art. 74 Nr. 1 GG zur Regelung des gerichtlichen Verfahrens gestützt[21]. Es ist unbestritten, daß der Bundesgesetzgeber nach dieser Bestimmung befugt ist, die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten zu regeln[22]. In der Wissenschaft bestehen aber berechtigte Zweifel, ob die in Anspruch genommene Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiete des gerichtlichen Verfahrens auch die Regelung des Vorverfahrens deckt.
Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers zur Regelung des Vorverfahrens kann auf keinen Fall direkt aus Art. 74 Nr. 1 GG entnommen werden. Der Bund ist nach dieser Vorschrift lediglich berechtigt, das "gerichtliche Verfahren" zu bestimmen. Das Sachgebiet "gerichtliches Verfahren" im Sinne des Art. 74 Nr. 1 GG umfaßt die Gesamtheit der Rechtsnormen, die die verfahrensmäßige Behandlung derjenigen Angelegenheiten betreffen, die von "Richtern" wahrgenommen werden[23]. Dabei ist es zwar unerheblich, ob diese Angelegenheiten gemäß ihrem Wesen zur rechtsprechenden Gewalt gehören oder nicht[24]. Das Vorverfahren ist aber kein gerichtliches Verfahren, sondern ein reines Verwaltungsverfahren[25].
Nach den §§ 68 ff. VwGO ist ein erfolgloses Vorverfahren Prozeßvoraussetzung[26] für die Anfechtungsklage und die Klage auf Vornahme eines abgelehnten Verwaltungsakts. Das Gebiet "gerichtliches Verfahren" umfaßt auch die Einführung und Regelung von Prozeßvoraussetzungen. Der Bundesgesetzgeber ist aber bezüglich des Umfanges sehr beschränkt, wenn er das erfolglose

---

21) BT-Drucksache, 3. Wahlperiode, 1957, Nr. 55, S. 24.

22) MAUNZ, in: Maunz-Dürig, Art. 74 GG Rn. 30; HAMANN, Art. 74 GG Anm. B 4; HERRFAHRDT, in: Bonner Kommentar, Art. 74 GG Anm. II 2; v.MANGOLDT-KLEIN, Art. 74 GG Anm. VII 2 a; ULE, Die künftige Verwaltungsgerichtsordnung, JZ 1963, 681 ff.

23) HAMANN, Art. 74 GG Anm. B 5; v.MANGOLDT-KLEIN, Art. 74 GG Anm. VII 2.

24) Wie Fn. 23).

25) Wie Fn. 8).

26) Vgl. hierzu § 3 I, S. 22.

Vorverfahren im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens als Prozeßvoraussetzung der verwaltungsgerichtlichen Klage einer Regelung unterziehen will[27]. Der Bund kann unter dem Gesichtspunkt der Prozeßvoraussetzung nur bestimmen, daß der Betroffene bei der zuständigen Verwaltungsbehörde einen Rechtsbehelf, der nach geltendem Länder- oder Bundesverwaltungsverfahrensrecht gegeben ist, erfolglos eingelegt haben muß, bevor er Klage erheben kann. Vertretbar erscheint allenfalls noch die einheitliche Festlegung von Form und Frist für den Rechtsbehelf. Der Gesetzgeber hat aber in der Verwaltungsgerichtsordnung eine wesentlich umfassendere Regelung des Vorverfahrens getroffen. Der 8. Abschnitt: "Vorverfahren" enthält auch Bestimmungen darüber, daß der Widerspruchsbescheid zu begründen, mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und zuzustellen ist und daß eine Kostenentscheidung zu treffen ist. Diese Vorschriften enthalten damit mehr als die Festlegung eines erfolglosen Vorverfahrens als Prozeßvoraussetzung. Sie sind bereits eine nähere Ausgestaltung des Vorverfahrens und daher dem Verwaltungsverfahren im Sinne des Art. 84 Abs. 1 GG zuzurechnen[28]. Die gesamte in der Verwaltungsgerichtsordnung getroffene Regelung des Vorverfahrens kann daher nicht unter dem Gesichtspunkt der Prozeßvoraussetzung unter den Begriff "gerichtliches Verfahren" im Sinne des Art. 74 Nr. 1 GG gepreßt werden[29]. Von der Prozeßrechtskompetenz des Bundes werden nur die Vorschriften gedeckt, die notwendig waren, um das Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung der Anfechtungs- und Vornahmeklage zu konkre-

---

27) Jede Kompetenz zur Regelung des Vorverfahrens durch den Bundesgesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Prozeßvoraussetzung lehnen ab BETTERMANN, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17, 118 (154); FELLNER, Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern, VerwArch. 48, 95 (98).

28) MAUNZ, in Maunz-Dürig, Art. 84 GG Rn. 28; HAMANN, Art. 84 GG Anm. B 4; FELLNER, (Fn. 27), S. 98; KRATZER, Zustimmungsgesetze, AöR 77, 266 (268); BETTERMANN, (Fn. 27), S. 121.

29) BETTERMANN, (Fn. 27), S. 154; FELLNER, (Fn. 27), S. 98; KRATZER, Zum Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung, BayBgm. 1953, 78; SPANNER, Einige Bemerkungen zum Entwurf einer Finanzgerichtsordnung, DÖV 1963, 736 (737); a.A. KOEHLER, § 77 VwGO Anm. IV.

tisieren. Das sind aber lediglich die §§ 68, 69 VwGO und mit einigen Bedenken auch § 70 VwGO.

2.) als Verwaltungsverfahren

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das in der Verwaltungsgerichtsordnung geregelte Vorverfahren läßt sich in dem für sämtliche Bundes- und Landesbehörden beanspruchten Umfang auch nicht aus der Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsverfahrens ableiten.
Weder für die unmittelbar und mittelbar bundeseigene Verwaltung (Art. 86 GG), noch für den Bereich der sogenannten Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) ist ausdrücklich die Zuständigkeit des Bundes zur Regelung des Verwaltungsverfahrens festgelegt, sondern nur die Kompetenz zur Regelung der Behördeneinrichtung. Da die Art. 83 ff. GG keine Gesetzgebungszuständigkeit begründen, sondern eine solche nach Art. 73 ff. GG bereits voraussetzen[30], kann aus diesem Schweigen des Grundgesetzes noch kein Schluß auf die Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsverfahrens gezogen werden[31]. Vielmehr folgt daraus, daß der Bund das Verwaltungsverfahren nur für diejenigen Verwaltungsbereiche regeln kann, deren materielles Verwaltungsrecht seiner ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz unterliegt.

---

30) MAUNZ, in: Maunz-Dürig, Art. 85 GG Rn. 16; Art. 83 GG Rn. 12; BETTERMANN, (Fn. 27), S. 179 Leitsatz 32; v.HAUSEN, Nochmals: Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers aus Art. 84 und 85 GG, DÖV 1960, 1 (5); KLEIN, Das Verhältnis von Gesetzgebungszuständigkeit und Verwaltungszuständigkeit nach dem Grundgesetz, AöR 88, 377 (405 f.); SCHÄFER, Die Bundesauftragsverwaltung, DÖV 1960, 641 (646); a.A. HAAS, Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden, AöR 80, 81 (87).

31) NAWIASKY, Die Grundgedanken des Grundgesetzes, S. 44 glaubt, daß für die Bundesauftragsverwaltung aus Versehen nichts ausdrücklich über das Verwaltungsverfahren bestimmt sei. Ebenso HAAS, (Fn. 30), S. 87.
HERRFAHRDT, in: Bonner Kommentar, Art. 85 GG Erl. II 2 schließt daraus sogar, daß das Verwaltungsverfahren durch allgemeine Verwaltungsvorschriften des Bundes geregelt werden kann.

Die bundeseigene Verwaltung ist echte Bundesverwaltung im Sinne einer ausschließlichen Bundeszuständigkeit. Die Regelung des Verwaltungsverfahrens fällt daher bei bundeseigener Verwaltung ebenfalls in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes[32].

Für den Bereich der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) wird aus der Überlegung heraus, daß in Bundesauftragssachen der Gesetzgebungsumfang des Bundes nicht geringer sein kann als beim Vollzug von Bundesgesetzen als landeseigene Angelegenheiten (Art. 84 GG), allgemein angenommen, daß der Bundesgesetzgeber die Kompetenz besitzt, durch einfaches Gesetz das Verwaltungsverfahren zu regeln[33]. Konstitutiv ist Art. 85 GG nur für das Zustimmungserfordernis des Bundesrats bei Regelung der Einrichtung der Behörden[34].

Dagegen ist die Regelung des Verwaltungsverfahrens bei der Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheiten der Länder (Art. 83, 84 GG) nur mit Zustimmung des Bundesrats möglich. Tatsächlich ist die Verwaltungsgerichtsordnung mit ausdrücklicher Zustimmung des Bundesrats ergangen[35]. Allerdings fehlt eine entsprechende Präambel[36]. Die Wirksamkeit eines sogenannten Zustimmungsgesetzes hängt aber nur davon ab, daß die notwendige Zustimmung des Bundesrats tatsächlich ausdrücklich[37] erfolgt ist. Dagegen ist es unschädlich, wenn die er-

---

32) MAUNZ, in: Maunz-Dürig, Art. 86 GG Rn. 18. Als Annexkompetenz des jeweiligen materiellen Rechtsgebiets fassen es auf KÖTTGEN, Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der Bundesgesetzgebung, DÖV 1952, 422 (423); ULE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1957, 597 (601).

33) BETTERMANN, (Fn. 27), S. 159 Anm. 123; HAMANN, Art. 85 GG Anm. B 2; MAUNZ, in: Maunz-Dürig, Art. 85 GG Rn. 15, 16; v.HAUSEN, (Fn. 30), S. 5; SCHÄFER, (Fn. 30), S. 646 f.

34) MAUNZ, in: Maunz-Dürig, Art. 85 GG Rn. 16; v.HAUSEN, (Fn. 30), S. 5.

35) Sitzung des Bundesrats vom 18.12.59 (213. Sitzung) Stenogr. Berichte S. 246 D.

36) BGBl. I (1960), S. 17.

37) MAUNZ, in: Maunz-Dürig, Art. 78 GG Rn. 2; HERRFAHRDT, in: Bonner Kommentar, Art. 78 GG Erl. II; v.MANGOLDT-KLEIN, Art. 78 GG Anm. IV 2 a; HAMANN, Art. 78 GG Anm. 2; NAWIASKY, (Fn. 31), S. 119.

teilte Zustimmung des Bundesrats in der Präambel nicht angeführt wird, da dieser Feststellung in der Verkündungsformel lediglich deklaratorische Bedeutung beikommt[38].
Da das Vorverfahren gemäß §§ 68 ff. VwGO nach dem Willen des Gesetzgebers sämtliche bundesrechtlichen Einzelvorschriften über Einspruchs- und Beschwerdeverfahren ersetzt (§ 77 Abs. 1 VwGO), muß der Bund notwendigerweise die Kompetenz besitzen, ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz zu erlassen.
Dem Bund wird die Befugnis zum Erlaß eines allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes ohne weiteres zugestanden für den Bereich der bundeseigenen Verwaltung[39] und der Bundesauftragsverwaltung[40]. Gegen eine derartige globale Regelung des Verwaltungsverfahrens durch den Bund für den Bereich des landeseigenen Vollzugs von Bundesgesetzen wird von verschiedenen Seiten eingewandt, daß der Bundesgesetzgeber für die Regelung des Verwaltungsverfahrens nur eine Annexkompetenz besitze, von der er nur im Zusammenhang mit den einzelnen materiellrechtlichen Verwaltungsgesetzen Gebrauch machen dürfe[41], so daß er also nur spezielles Verwaltungsverfahrensrecht setzen konnte. Diese Einschränkung hat keine Berechtigung. Der Bund ist nämlich nicht gehindert, in allen materiellen Verwaltungsgesetzen mit Zustimmung des Bundesrats gleichlautende Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren zu treffen. Dann ist es notwendigerweise auch zulässig, eine in einem materiellrechtlichen Gesetz getroffene Regelung des Verwaltungsverfahrens in einem anderen Gesetz ausdrücklich für anwendbar zu erklären[42].
Ebenso ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, eine einheit-

---

38) VIALON, Haushaltsrecht, Art. 105 GG Erl. 16; wohl auch KRATZER, (Fn. 28), S. 281.

39) MAUNZ, in: Maunz-Dürig, Art. 84 GG Rn. 30; KÖTTGEN, (Fn. 32), S. 423; KOEHLER, Probleme einer bundesgesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens, DÖV 1960, 612 sub IV.

40) MAUNZ, in: Maunz-Dürig, Art. 85 GG Rn. 18; ULE, (Fn. 32), S. 601; KOEHLER, (Fn. 39), S. 612.

41) FELLNER, (Fn. 27), S. 98; KÖTTGEN, (Fn. 32), S. 423; ULE, (Fn. 32), S. 601; Vereinfachung der Verwaltung, S. 57.

42) KOEHLER, (Fn. 39), S. 613.

liche Regelung des Verwaltungsverfahrens zu treffen, zu der gemäß Art. 84 Abs. 1 GG die ausdrückliche Zustimmung des Bundesrats eingeholt werden muß, und auf diese in den einzelnen Verwaltungsgesetzen ausdrücklich Bezug zu nehmen[43]. Derartige Verweisungen stellen eine Regelung des Verwaltungsverfahrens im Sinne des Art. 84 Abs. 1 GG dar, so daß im Einzelfall das ganze materielle Gesetz der Zustimmung des Bundesrats bedarf[44]. In konsequenter Weiterentwicklung dieses Gedankens muß es auch zulässig sein, das Verwaltungsverfahren, losgelöst von den materiellen Gesetzen, für den Vollzug aller Bundesgesetze einheitlich zu regeln mit der Maßgabe, daß die Verwaltungsverfahrensvorschriften für den Vollzug aller Bundesgesetze oder - zweckmäßigerweise - nur für bestimmte Gruppen von ihnen gelten[45].

Dagegen ist das Verwaltungsverfahren für den Vollzug von Landesgesetzen durch Landesbehörden der Gesetzgebungskompetenz des Bundes vollkommen entzogen, da für diesen Bereich die Länder ausschließlich zuständig sind[46]. Die Ersetzung landesrechtlicher Vorschriften über Einspruchs- oder Beschwerdeverfahren als Voraussetzung der verwaltungsgerichtlichen Klage konnte daher nicht in § 77 Abs. 2 VwGO durch den Bundesgesetzgeber erfolgen. Hierzu waren landesrechtliche Erstreckungsnormen nötig, die aber nur einige Länder erlassen haben[47].

---

43) KÖTTGEN, (Fn. 32), S. 423; MAUNZ, in: Maunz-Dürig, Art. 85 GG Rn. 30.

44) Wie Fn. 43).

45) BETTERMANN, (Fn. 27), S. 159.

46) MAUNZ, in Maunz-Dürig, Art. 83 GG Rn. 10, Art. 84 GG Rn. 28; HAMANN, Art. 83 GG Anm. B 1; ULE, (Fn. 32), S. 601; Vereinfachung der Verwaltung, S. 57.

47) § 16 BaWüAGVwGO; Art. 15 BayAGVwGO; § 7 BerlAGVwGO; Art. 12 Nr. 7 BremAGVwGO; § 6 HambAGVwGO; § 22 RhPfAGVwGO, der das Ausführungsgesetz zum Flurbereinigungsgesetz v. 26.3.54 ausnimmt. Diese Bestimmungen betreffen eigentlich nur die Ersetzung landesrechtlicher administrativer Rechtsbehelfe, die n i c h t Prozeßvoraussetzung sind, gehen aber von der Gültigkeit der Regelung des § 77 Abs. 2 VwGO aus und haben sie damit sanktioniert.

3.) kraft notwendigen Sachzusammenhangs

Die Kompetenz des Bundes zur Regelung des Vorverfahrens beim Vollzug von Landesgesetzen durch Landesbehörden ergibt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt des notwendigen Sachzusammenhangs[48]. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Kompetenzbegründung aus dem Sachzusammenhang, die immer einen Eingriff in die Zuständigkeit eines anderen Gesetzgebers bedeutet, überhaupt einen Kompetenztitel bilden kann.
Wie das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich betont hat[49], erweitert der Sachzusammenhang eine Zuständigkeit nur, "wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie verständlicherweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in nicht ausdrücklich zugewiesene Materien unerläßliche Voraussetzung ist". Das verwaltungsgerichtliche Verfahren kann aber durchaus geregelt werden, ohne daß notwendigerweise das Vorverfahren einbezogen werden müßte. Unumgänglich notwendig ist nur die Bestimmung, daß ein verwaltungsbehördlicher Rechtsbehelf, der nach Bundes- oder Landesverwaltungsverfahrensrecht gegeben ist, vor Erhebung der Klage erfolglos eingelegt worden sein muß[50]. Eine Regelung dieses Ausmaßes wird aber bereits von der Kompetenz des Bundes zur Regelung des "gerichtlichen Verfahrens" nach Art. 74 Nr. 1 GG unter dem Gesichtspunkt der Prozeßvoraussetzung gedeckt[51]. Die weitere Konkretisierung und Ausgestaltung des Vorverfahrens ist auch nicht mit dem ohne Zweifel bestehenden Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung des Vorverfahrens zu

---

48) FELLNER, (Fn. 27), S. 98; KRATZER, (Fn. 29), S. 73; ders., Der Widerspruch, BayVBl. 1960, 165 (166 sub II); SPANNER, Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren, DÖV 1958, 651 (656 sub V); BETTERMANN, (Fn. 27), S. 155;
a.A. BACHOF, Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1958, 6 (8 Anm. 15).

49) BVerfG v. 16.6.54 - BVerfGE 3, 407 (421 ff.).

50) Vgl. auch BETTERMANN, (Fn. 27), S. 155.

51) Siehe unter § 2 II 1, S. 12 ff.

rechtfertigen. Dieses Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung muß vielmehr nach Art. 72 Abs. 2 GG hinzutreten[52], da das gerichtliche Verfahren dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes angehört.

4.) Zusammenfassung

Das Vorverfahren ist also, soweit es für den Vollzug von Landesgesetzen vor Landesbehörden über die Festlegung und Konkretisierung als Prozeßvoraussetzung hinausgeht, nicht verfassungsgemäß zustandegekommen. Insbesondere hat der Bundesgesetzgeber mit der Bestimmung des § 77 Abs. 2 VwGO seine Kompetenz überschritten, da die Ersetzung landesrechtlicher Vorschriften über das Einspruchs- oder Beschwerdeverfahren in die ausschließliche Kompetenz des Landesgesetzgebers fällt.
Dieser Übergriff des Bundesgesetzgebers wurde allgemein nicht als tragisch empfunden[53]. Im Gegenteil, die bundeseinheitliche Regelung des Vorverfahrens wurde als sehr notwendig und äußerst wohltuend begrüßt[54].

§ 3 Das Vorverfahren ist Sachurteilsvoraussetzung

Das der Anfechtungsklage und der Verpflichtungsklage auf Vornahme eines abgelehnten Verwaltungsakts gemäß § 68 VwGO vorgeschaltete Vorverfahren ist nach herrschender Ansicht eine

---

52) BVerfG, wie Fn. 49).

53) Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes hat den Übergriff in das Verwaltungsverfahren durch die Regelung des Vorverfahrens in der VwGO als "zweckmäßig" hingenommen, so Allg. Begründung S. 63.

54) REDEKER, Die Verwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, 409 (411); NAUMANN, Die Verwaltungsgerichtsordnung (Schluß), DÖV 1960, 361 (362 "eine bedeutsame Leistung"); SCHAFER, Endlich eine bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung!, JZ 1960, 73 (77 sub 2 b).

Prozeßvoraussetzung[1].

Um die spezifische Funktion des Vorverfahrens[2], die in der uneingeschränkten Überprüfung der administrativen Ermessenshandhabung und der Klagefilterung liegt, voll zur Geltung kommen zu lassen, müßte die vollständige Durchführung des Vorverfahrens bis zum Erlaß eines Widerspruchsbescheids Klagevoraussetzung[3] sein. Ein beendetes Vorverfahren könnte als Klagevoraussetzung nur gefordert werden, wenn der Pflicht des Staatsbürgers, vor Klageerhebung ein Vorverfahren einzuleiten, eine Entscheidungspflicht der Verwaltungsbehörde korrespondiert. In der Verwaltungsgerichtsordnung ist der Behörde keine Bescheidungspflicht auferlegt[4], aber sie besitzt infolge der Regelung in § 75 VwGO nicht die Möglichkeit, durch Unterlassung der Entscheidung über den Widerspruch eine Klageerhebung zu verhindern und so den Rechtsweg zu verschließen[5]. Diese Ausgestaltung des Vorverfahrens wäre als Klagevoraussetzung verfassungsrechtlich unbedenklich[6].

Das Vorverfahren gehört aber nach einhelliger Meinung als Pro-

---

1) H.M.; EYERMANN-FRÖHLER, § 68 VwGO Rn. 2; KLINGER, § 68 VwGO Anm. 2 C; KOEHLER, § 68 VwGO Anm. A V 2; SCHUNCK-DE CLERCK, § 68 VwGO Erl. 1 d; ULE § 68 VwGO Anm. I; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 78 SGG Anm. 3; SCHRAFT, § 78 SGG S. 177; BETTERMANN, Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, DVBl. 1959, 308 (311); DAPPRICH, Die prozessualen Folgen des fehlenden Vorverfahrens, DVBl. 1960, 194 (195); STICH, Was ist bei fehlendem Vorverfahren zu tun?, DVBl. 1960, 378.

2) Siehe hierzu § 1, S. 2 ff.

3) So früher OVG Münster v. 31.10.49 - AS 1, 18 (19); OVG Münster v. 13.12.55 - VerwRspr. 8, 640 zu § 24 MRVO 165; BACHOF, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 43; SENDLER, Das Verfahren der Berliner Verwaltung, DÖV 1959, 439 (446).

4) Vgl. dagegen § 73 SGG.

5) Vgl. insoweit § 32 Abs. 4 BerlVerwVerfG v. 2.10.58, wonach die Klage erst nach Erledigung des Vorverfahrens zulässig ist. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG, so auch BETTERMANN, in: Die Grundrechte, III. Bd., 2. Hbd., S. 779 (807).

6) ULE, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, 537 (539).

zeßvoraussetzung zur Gruppe der Sachurteilsvoraussetzungen[7], d.h. es darf kein Sachurteil ergehen, solange das Vorverfahren nicht nachgewiesen ist. Trotz Rechtshängigkeit der Klage kann das Vorverfahren nachgeholt werden, vorausgesetzt, daß die Widerspruchsfrist noch nicht abgelaufen ist oder ein Fall der Wiedereinsetzung gegeben ist. Das Vorliegen des Vorverfahrens muß als Prozeßvoraussetzung von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens geprüft werden und sein Fehlen hat die Abweisung der Klage als unzulässig zur Folge.

I. Erfolglosigkeit des Widerspruchs

In Literatur und Rechtsprechung herrscht insoweit Übereinstimmung, als der verwaltungsgerichtlichen Klage ein e r f o l g l o s e s Vorverfahren vorangegangen sein muß[8]. Das Vorverfahren hat keinen Erfolg, wenn die mit dem Widerspruch angegangene Beschwer nicht oder nicht völlig beseitigt worden ist. Die Sachurteilsvoraussetzung eines erfolglosen Vorverfahrens ist erfüllt, wenn der Widerspruch als unzulässig oder (mindestens teilweise) als unbegründet zurückgewiesen oder über den Widerspruch ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich[9] nicht entschieden worden ist.

---

7) H.M., KOEHLER, § 68 VwGO Anm. V 3; KLINGER, § 68 VwGO Anm. C 2; SCHRAFT, § 78 SGG S. 177; STICH, (Fn. 1), S. 379; ULE, § 68 VwGO Anm. I; ders., (Fn. 6), S. 539; KRATZER, Der Widerspruch, BayVBl. 1960 165 (166); MENGER, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 131; NAUMANN, Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, in: Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 365 (373); WOLFF, Verwaltungsrecht III, § 173 III 4, S. 416.

8) BETTERMANN, (Fn. 1), S. 310; EYERMANN-FRÖHLER, § 68 VwGO Rn. 2; KLINGER, § 68 VwGO Anm. C 1;
BayVGH v. 17.4.64 - DVBl. 1965, 93;
BVerwG v. 16.1.64 - DVBl. 1965, 89.
So noch deutlich § 44 Abs. 1 MRVO 165 und § 38 Abs. 1 SüddVGG im Wortlaut übereinstimmend: "... nachdem der Klageberechtigte erfolglos Einspruch eingelegt hat."

9) Unter einer "sachlichen" Entscheidung im Sinne des § 75 VwGO ist ein in der Hauptsache ergehender endgültiger Bescheid zu verstehen, nicht nur eine Entscheidung über Vor- und Nebenfragen oder ein Zwischenbescheid: EYERMANN-FRÖHLER, § 75 VwGO Rn. 2; KLINGER, § 75 VwGO Anm. B; KOEHLER, § 75 VwGO Anm. II 3 a; REDEKER-VON OERTZEN, § 75 VwGO Anm. 3; ULE, §§ 74-76 VwGO Anm. II 1, S. 262.

II. Rechtzeitigkeit des Widerspruchs

Neuerdings ist umstritten, ob als Sachurteilsvoraussetzung die Erfolglosigkeit des Widerspruchs genügt und die Einhaltung der Widerspruchsfrist eine Frage der Begründetheit der Klage ist oder ob der Widerspruch auch fristgerecht erhoben sein muß, damit das Gericht eine Sachentscheidung treffen darf.

Angelpunkt des ganzen Streites ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und einiger Untergerichte, die mit dem Schlagwort "Wiedereröffnung des Verwaltungsrechtswegs" charakterisiert werden kann[10]. Danach liegt es im Ermessen der Verwaltungsbehörde, über einen verspätet erhobenen Widerspruch sachlich zu entscheiden. Eine derartige Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde eröffne den Verwaltungsrechtsweg zu einer gerichtlichen Sachprüfung, ohne daß im Verwaltungsprozeß von Amts wegen geprüft werden dürfe, ob der Widerspruch fristgerecht eingelegt ist, oder die Behörde geltend machen könne, die Klage sei unzulässig, weil der Widerspruch verspätet und daher der angefochtene Verwaltungsakt oder Ablehnungsbescheid bereits unanfechtbar gewesen sei.

Gegen diese Rechtsprechung sind besonders BURI[11] und BETTERMANN[12] zu Felde gezogen, sie hat jedoch weitgehend Zustim-

---

10) BVerwG v. 26.11.59 - DVBl. 1960, 107;
BVerwG v. 30.5.60 - NJW 1960, 1781;
BVerwG v. 26.9.62 - DVBl. 1963, 186;
BVerwG v. 27.11.63 - DVBl. 1964, 190;
BVerwG v. 16.1.64 - DVBl. 1965, 89;
OVG Hamburg v. 14.7.58 - MDR 1959, 609;
OVG Münster v. 13.9.61 - DÖV 1962, 115;
OVG Lüneburg v. 24.11.61 - VerwRspr. 14, 622;
VG Minden v. 3.10.61 - DÖV 1962, 115.

11) BURI, Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet?, DÖV 1962, 483 ff., 929 f.

12) BETTERMANN, Zweitanfechtung nach verspäteter Erstanfechtung, JZ 1965, 265. Vgl. auch BETH, Die Behandlung der unzulässigen aber sachlich beschiedenen Beschwerde durch das Verwaltungsgericht, ZLA 1962, 86 ff., 100 ff., 131 ff.

mung erfahren[13].
Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof weist dagegen in ständiger Rechtsprechung die Klage wegen Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung als unzulässig ab, wenn der Widerspruch verspätet erhoben worden ist[14].

Zunächst sei im Interesse terminologischer Sauberkeit zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bemerkt, daß die Frage, ob die Widerspruchsbehörde durch eine Sachentscheidung auf einen verspäteten Widerspruch hin den Weg zu einer verwaltungsgerichtlichen Sachentscheidung freimacht, kein Rechtswegproblem darstellt. In welchen Fällen der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, ist in § 40 VwGO erschöpfend geregelt und bestimmt sich nach der Natur der Streitsache, an der der Ablauf der Widerspruchsfrist nichts ändert.

Die Rechtsprechung von der Wiedereröffnung des Verwaltungsrechtswegs berührt im Grunde genommen zwei Probleme. Es geht hier einmal um die Frage, ob die Widerspruchsbehörde über einen verspäteten Widerspruch sachlich entscheiden darf, und zum anderen darum, welche Auswirkungen eine solche Sachentscheidung auf das anschließende verwaltungsgerichtliche Verfahren hat.
Das Bundesverwaltungsgericht[15] verkennt in seinem Urteil vom 16.1.64, daß die Entscheidung der Behörde, die den Ein-

---

13) NAUMANN, (Fn. 7), S. 365 (373/374); HAUEISEN, Erst- und Zweitbescheid im Verwaltungsrecht, NJW 1965, 561; JAROSCH, Kann die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch zur Sache entscheiden?, DÖV 1964, 296 (298); WALENTA, Macht die Versäumung der Widerspruchsfrist die Klage vor dem Verwaltungsgericht unzulässig?, NJW 1966, 642 (644); WEIDES, Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlichrechtlichen Arbeit, JuS 1964, 277.

14) BayVGH v. 22.10.48 - VGH n.F. 1, 103 (106);
BayVGH v. 16.5.49 - VGH n.F. 2, 42;
BayVGH v. 7.1.58 - VGH n.F. 11, 51;
BayVGH v. 17.4.64 - DVBl. 1965, 93;
Ebenso HessVGH v. 16.12.64 - DÖV 1965, 859 (nicht rkr.);
wohl auch BVerwG v. 27.11.63 - DVBl. 1964, 190.

15) BVerwG v. 16.1.64 - VIII C 72/62 - DVBl. 1965, 89 (90).

spruch[16] wegen Verspätung als unzulässig zurückweist, nicht automatisch die Unzulässigkeit der Klage zur Folge hat. Das Verwaltungsgericht hat von Amts wegen die Sachurteilsvoraussetzung eines rechtzeitigen Widerspruchs zu prüfen und insoweit die Entscheidung der Verwaltung auf ihre Richtigkeit zu kontrollieren. Die Befürchtung des Bundesverwaltungsgerichts, "daß die Behörde in diesen Fragen letztverbindlich über die Rechte des Staatsbürgers entscheiden" würde - was ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG wäre - ist daher völlig unbegründet. Im übrigen müht sich das Bundesverwaltungsgericht mit einer etwas eigenartigen Konstruktion ab. Für den Fall, daß die Behörde den Einspruch - vorbehaltlich der gerichtlichen Prüfung dieser Frage - mit Recht als verspätet zurückgewiesen hat, führt es aus: " U n z u l ä s s i g ist in einem solchen Falle jedoch nicht die Klage oder die Anfechtung des Einspruchsbescheids, sondern nur das auf die Aufhebung des Verwaltungsakts oder auf den Verpflichtungsanspruch gerichtete Klagebegehren, und zwar nicht aus prozessualen, sondern aus m a t e r i e l l e n Gründen."[17]. Wollte das Bundesverwaltungsgericht damit sagen, die Klage sei unbegründet? Die Entscheidung wäre, wenigstens wegen ihrer Klarheit, zu begrüßen, wenn es sich zu der Ansicht hätte durchringen können, die Nichteinhaltung der Widerspruchsfrist sei als Verfahrensverstoß im Vorverfahren eine Frage der Begründetheit der Klage[18]. Dies wäre eine durchaus klare und praktikable Konstruktion. Gleichzeitig würde sich damit jegliche Diskussion darüber erübrigen, ob die trotz Versäumung der Widerspruchsfrist getroffene Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde den Verwaltungs-

---

16) Das Urteil ist nach dem VGG ergangen, doch lassen die Gründe erkennen, daß das Bundesverwaltungsgericht seine Ausführungen nicht auf das VGG beschränkt wissen will.

17) Hervorhebung durch den Verfasser.

18) So z.B. HAMANN, Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet?, DÖV 1962, 892 (893); REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 5; MELLWITZ, § 87 SGG Anm. 4; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 87 SGG Anm. 4; SIEGMUND-SCHULTZE, Anmerkung zum Urteil des BVerwG, DVBl. 1965, 91; WALENTA, (Fn. 13), S. 644.

rechtsweg eröffnet oder nicht. Das Bundesverwaltungsgericht bleibt aber auf halbem Wege stehen. Obwohl nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts die Frage, ob die den Einspruch zurückweisende Entscheidung der Behörde als gleichzeitige Entscheidung in der Sache, nämlich über die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts, zutreffend ist, in die Begründetheit der Klage gehört, bleibt es dabei, daß die Sachentscheidung über einen verspäteten Einspruch den Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Es ist völlig unerklärlich, was mit einer Sachentscheidung auf einen verspäteten Einspruch (Widerspruch) eröffnet werden kann, wenn nicht einmal die den Einspruch (Widerspruch) als unzulässig zurückweisende Entscheidung der Behörde etwas verschließt.

Die Verlagerung der Rechtsfolgen, die der ungenützte Ablauf der Widerspruchsfrist nach sich zieht, in die Begründetheit der Klage scheitert aber an der beschränkten Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die Gesetzgebungsbefugnis für die Regelung des Vorverfahrens hat der Bund auf Art. 74 Nr. 1 GG gestützt. Die Setzung von Bestimmungen des Verwaltungsverfahrens war daher nur insoweit möglich, als diese "Voraussetzung der verwaltungsgerichtlichen Klage" sind und als Festlegung einer Prozeßvoraussetzung unter die Kompetenz des Art. 74 Nr. 1 GG für das gerichtliche Verfahren fallen[19]. Der Bund konnte diesen Teil des Verwaltungsverfahrens nur gesetzlich normieren, indem er das Vorverfahren zur Sachurteilsvoraussetzung machte. Da die Regelung des Vorverfahrens nur als Prozeßvoraussetzung zulässig ist, sind alle Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung, die das Vorverfahren betreffen, Regelung dieser Sachentscheidungsvoraussetzung, insbesondere auch die in § 70 VwGO gesetzte Form und Frist für die Erhebung des Widerspruchs[20]. Daß der Gesetzgeber a l l e Bestimmungen des Vorverfahrens als Prozeßvoraussetzung gedacht hat, ergibt sich aus § 77 Abs. 2 VwGO, wonach a l l e landesrechtlichen Vorschriften

---

19) Vgl. hierzu § 2 II 1 und 4, S. 12 ff., S. 20.

20) So auch MENGER-ERICHSEN (zum Urteil des BVerwG v. 16.1.64), VerwArch. 56, 290.

über Einspruchs- oder Beschwerdeverfahren "als Voraussetzung der verwaltungsgerichtlichen Klage" durch die Vorschriften des 8. Abschnittes ersetzt sind.
Sachurteilsvoraussetzung der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist daher nicht nur ein erfolgloser, sondern darüberhinaus ein rechtzeitig und formgerecht erhobener Widerspruch[21]. Die Wahrung der Widerspruchsfrist muß daher vom Verwaltungsgericht von Amts wegen ohne Rüge in jeder Lage des Verfahrens geprüft werden[22]. Da die Einhaltung der Widerspruchsfrist eine zwingende Prozeßvoraussetzung ist, muß auch die Rechtmäßigkeit der Wiedereinsetzung bzw. ihre Ablehnung von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens durch das Verwaltungsgericht geprüft werden[23], und zwar auch dann, wenn die administrative oder gerichtliche Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag bereits unanfechtbar ist[24]. Der Rüge eines beschwerten Dritten bedarf es nicht[25].

---

21) So die in Fn. 14) angeführten Entscheidungen; EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 5, 8; KOEHLER, § 70 VwGO Anm. V; MENGER-ERICHSEN, VerwArch. 56, 291; BETTERMANN, (Fn. 12), S. 267; BURI, (Fn. 11), S. 484; STERN, Verwaltungsprozessuale Grundprobleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit, JuS 1965, 271; WOLFF, Verwaltungsrecht III, § 173 III 4, S. 416; CLASEN, Zur Unanfechtbarkeit eines verspätet eingelegten Widerspruchs, Staats- und Kommunal-Verwaltung, 1966, 48 (49).

22) Vgl. die in Fn. 14) angeführten Entscheidungen des BayVGH; EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 5, 8; KOEHLER, § 70 VwGO Anm. V.

23) BayVGH v. 17.4.64 - DVBl. 1965, 93;
EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 5; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. X; BETTERMANN, (Fn. 12), S. 268; CLASEN, (Fn. 21), S. 49; LSG Berlin v. 22.4.54 - JR 1954, 356.

24) BETTERMANN, (Fn. 12), S. 268; DAPPRICH, Das sozialgerichtliche Verfahren, S. 81; VGH Stuttgart v. 17.2.55 - VerwRspr. 8, 510.
So für das zivilprozessuale Verfahren BGH v. 26.6.52 - BGHZ 6, 369 (370);
a.A. ULE, § 60 VwGO Anm. II S. 226; REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 6; BayVGH v. 17.4.64 - DVBl. 1965, 93.

25) a.A. SCHUNCK-DE CLERCK, § 70 VwGO Anm. 6 b; KLINGER, § 70 VwGO Anm. D, während sich die Behörde, die Wiedereinsetzung gewährt oder den verspäteten Widerspruch sachlich beschieden hat, im Prozeß nicht auf die Fristversäumung berufen darf.

Damit ist nicht unvereinbar, daß das Vorverfahren reines Verwaltungsverfahren ist und Verletzungen des Verwaltungsverfahrens immer im Rahmen der Begründetheit der Klage geprüft werden[26]. Dieser Grundsatz kann für das Vorverfahren nur insoweit nicht gelten, als seine Vorschriften, insbesondere über Form und Frist des Widerspruchs, zur Sachurteilsvoraussetzung erhoben sind. Andere während des Vorverfahrens unterlaufene Verstöße gegen das Verwaltungsverfahren werden wie gewohnt bei der Begründetheit der Klage geprüft.
An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn die Widerspruchsbehörde trotz Nichteinhaltung der Widerspruchsfrist eine Sachentscheidung trifft. Die Versäumung der Widerspruchsfrist kann nicht durch eine administrative Sachentscheidung geheilt werden[27]. Als Sachurteilsvoraussetzung unterliegt die Widerspruchsfrist auf keinen Fall der Disposition der Verwaltungsbehörde[28]. Das bedeutet jedoch noch nicht, daß die Widerspruchsbehörde keine Sachentscheidung erlassen darf, wenn der Widerspruch verspätet erhoben worden ist.
Soweit die Setzung der Widerspruchsfrist n u r aus der Kompetenz des Art. 74 Nr. 1 GG gedeckt ist[29], kann ihre Wahrung lediglich Sachentscheidungsvoraussetzung für das Gericht sein und nicht auch für die Verwaltung. Die Frist ist zwar im Verwaltungsverfahren einzuhalten, und die Erlaß- und die Widerspruchsbehörde haben auch dafür zu sorgen, daß der Widerspruch bei ihnen frist- und formgerecht eingelegt werden kann, die Rechtsfolgen der Versäumung zeigen sich jedoch erst im gerichtlichen Verfahren. Die Widerspruchsfrist als r e i n e Zulässigkeitsvoraussetzung der verwaltungsgerichtlichen Klage hat während des Vorverfahrens für die Verwaltung keine rechtliche Bedeutung. Alleine mit der Regelungskompetenz aus Art. 74

---

26) So die in Fn. 18) Genannten.

27) BETTERMANN, (Fn. 12), S. 267 (sub II 3); BURI, (Fn. 11), S. 484 f.

28) BayVGH v. 17.4.64 - DVBl. 1965, 93; BETTERMANN, (Fn. 12), S. 267.

29) Vgl. § 2 II 1, S. 12 ff.

Nr. 1 GG kann die Widerspruchsfrist nur für den Staatsbürger gesetzt werden; die Verwaltung muß sich durch die Frist- und Formbestimmungen nicht einengen lassen. Sie kann auch über einen verspäteten Widerspruch sachlich entscheiden oder überhaupt untätig bleiben[30]. Wenn die Widerspruchsfrist in ihrer Eigenschaft als Sachurteilsvoraussetzung schuldhaft versäumt ist, ist der Verwaltungsakt nur g e r i c h t l i c h unanfechtbar. Der Betroffene hat das befristete Recht, die gerichtliche Überprüfung des Verwaltungsakts verlangen zu können, verloren. Ob ein Verwaltungsakt der gerichtlichen Sachprüfung unterliegt oder die verwaltungsgerichtliche Klage wegen Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung als unzulässig abgewiesen werden muß, hat aber nicht die Verwaltungsbehörde zu entscheiden, sondern n u r das Gericht[31]. Die Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch kann daher auf die Zulässigkeit der Klage keinen bindenden Einfluß haben.

Soweit der Bund auch die Kompetenz besitzt, das Verwaltungsverfahren zu regeln[32], oder die Länder die in § 77 Abs. 2 VwGO getroffene Regelung durch Ausführungsgesetze sanktioniert haben[33], ist die Rechtslage etwas anders. Die Widerspruchsfrist ist dann g l e i c h z e i t i g Verwaltungsverfahrensfrist. Fraglich ist jedoch, ob auch im Verwaltungsverfahren die Wahrung der Widerspruchsfrist als zwingende Sachentscheidungs-

---

30) Die Regelung des § 75 VwGO war daher zur Sicherstellung des Rechtsschutzes auch nötig, weil der Bundesgesetzgeber mangels einer entsprechenden Kompetenz gar nicht in der Lage war, der Pflicht zur Erhebung des Widerspruchs eine Entscheidungspflicht der Widerspruchsbehörde - von deren Zweckmäßigkeit einmal abgesehen - gegenüberzustellen. Nur aus diesem Grunde bestehen Bedenken gegen die nach STIEFEL, Zum Recht auf Widerspruchsbescheid, BaWüVBl. 1966, 2 f. bestehende uneingeschränkte Rechtspflicht der Verwaltungsbehörde zum Erlaß eines Widerspruchsbescheids.

31) So eingehend BETTERMANN, (Fn. 12), S. 268.

32) Vgl. hierzu § 2 II 2, S. 15 ff.

33) § 16 BadWüAGVwGO; Art. 15 BayAGVwGO; § 7 BerlAGVwGO; Art. 12 Nr. 7 BremAGVwGO; § 6 HambgAGVwGO; § 22 RhPf AG VwGO.

voraussetzung für die Widerspruchsbehörde gedacht ist[34]. Es ist bedenklich, das Verwaltungsverfahren, selbst wenn es als Vorverfahren die Funktion der Klagefilterung hat, nach den strengen Grundsätzen des Prozeßverfahrens durchzuexerzieren. Die Verwaltung hat andere Aufgaben zu erfüllen und anderen Bedürfnissen gerecht zu werden als die Gerichte und würde durch starre Fristvorschriften, an die sie gebunden ist, an Effektivität einbüßen[35]. Wenn man die Widerspruchsbehörde für berechtigt hält, über die Fristversäumung hinwegzusehen, so kann die Widerspruchsfrist nur als Verwaltungsverfahrensfrist zur Disposition der Verwaltung stehen und n u r für ihren Bereich. Eine andere Frage ist, inwieweit die Widerspruchsbehörde Sachkompetenz besitzt, eine Sachentscheidung zu treffen[36].
Das Problem muß auch vom Sinn und Zweck des Vorverfahrens her gesehen werden, das "rückschauend aus der Sicht des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens geregelt" ist[37]. Das Vorverfahren dient in erster Linie der Entlastung der Verwaltungsgerichte[38]. Aus diesem Blickwinkel betrachtet, ist es gleichgültig, wenn der Betroffene die Aufhebung oder Änderung des ursprünglichen Verwaltungsakts erreicht, obwohl er die Widerspruchsfrist nicht eingehalten hat, allerdings vorausgesetzt, daß dadurch nicht die Möglichkeit einer Klage gegen den Erstbescheid geschaffen wird.

---

34) So z.B. § 14 BremVwVG. Vgl. hierzu auch § 11 III, S. 101 ff.

35) Vgl. EVwVerfG 1963, Allgemeine Begründung, S. 64: "Eine Annäherung des Verwaltungsverfahrens an das formell ausgestaltete Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erscheint.. nicht nur vom Standpunkt einer wirksamen Exekutive, sondern aus rechtsstaatlichen Erwägungen überflüssig und unerwünscht."
Ähnlich JAROSCH, (Fn. 13), S. 297; a.A. CLASEN, (Fn. 21), S. 49.

36) Vgl. hierzu BURI, Kann die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch zur Sache entscheiden?, DÖV 1964, 299 (300); FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 213; BETTERMANN, (Fn. 12), S. 267 f.; SCHOLLER, Die Sachherrschaft der Widerspruchsbehörde, DÖV 1966, 232 ff.

37) BURI, Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist, DÖV 1964, 693.

38) Vgl. hierzu § 1 I, S. 2.

Die trotz versäumter Widerspruchsfrist ergangene Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde hat keine Auswirkungen auf das anschließende gerichtliche Verfahren gegen den ursprünglichen Verwaltungsakt. Die Klage gegen ihn ist und bleibt unzulässig, da die Sachentscheidungsvoraussetzung eines rechtzeitigen Widerspruchs fehlt. Eine Klage gegen die Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde ist nur zulässig, als sie gegenüber dem ursprünglichen Verwaltungsakt eine neue selbständige Beschwer aufweist[39].

---

39) So ausführlich BETTERMANN, (Fn. 12); S. 268 f.
Vgl. auch SCHOLLER, (Fn. 36), S. 233.

2. K a p i t e l :

DIE WIEDEREINSETZUNG IM ALLGEMEINEN

§ 4 Die Bedeutung der Wiedereinsetzung

Das Verfahrensrecht bezweckt die geordnete Verwirklichung des materiellen Rechts. Kein einigermaßen entwickeltes Verfahrensrecht wird Fristen entbehren können. Um innerhalb angemessener Zeit einen endgültigen Rechtszustand schaffen zu können, ist es notwendig, daß die Möglichkeit der Vornahme von Rechtshandlungen seitens des Staatsbürgers befristet wird. Vor allem die Anfechtungsfristen dienen dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit[1]. Diese Fristen sollen dem Staatsbürger einmal genügend Zeit für die Handlung einräumen und zum andern eine zeitliche Endschranke für die Ausübung setzen. Es steht mit unserem Rechtsempfinden in Einklang, derartige Fristen als Ausschlußfristen zu setzen[2] und an ihre Nichteinhaltung Rechtsnachteile zu knüpfen, die regelmäßig darin liegen, daß die befristete Rechtshandlung nicht mehr wirksam vorgenommen werden kann. Der Ausschluß mit der Rechtshandlung ist für den Betroffenen äußerst einschneidend, was wohl den Gedanken aufkommen ließ, "daß die Präklusion bzw. die mit ihr verbundenen weiteren rechtlichen Wirkungen der Versäumung doch nichts anderes als Strafen seien"[3].

Es widerspricht aber unserem Gerechtigkeitsgefühl, die nachteiligen Folgen der Fristversäumung auch demjenigen spüren zu lassen, der alles ihm Zumutbare getan hat, um die Frist einzuhalten. Unter bestimmten Voraussetzungen wird dem Säumigen die Möglichkeit der Wiedereinsetzung gegeben, wodurch nachteilige Säumnisfolgen beseitigt werden können. Die Wiedereinsetzung ist die

---

1) BVerwG v. 4.12.59 - BVerwGE 10, 47 (48);
BVerwG v. 20.9.60 - BVerwGE 11, 124.

2) BVerfG v. 12.10.51 - BVerfGE 1, 12 (13).

3) v.CANSTEIN, Grundlagen des Kontumatialrechts, ZZP 16, 1 ff. (78): "Civilprozeß-Strafrecht".

notwendige Ergänzung zur Fristenstrenge. Dem Betroffenen wird ein Rechtsbehelf "nicht nach dem förmlichen Rechte, sondern gegen das förmliche Recht"[4] gegeben, um die "Beseitigung einer nach dem förmlichen Recht eingetretenen Verletzung"[5] durchzusetzen.

Vielfach wird die Meinung vertreten, die Wiedereinsetzung sei dazu geschaffen, aus Billigkeitsgründen dem materiellen Recht gegenüber den definitiven Wirkungen des formellen Rechts zum Siege zu verhelfen[6].

Die Wiedereinsetzung ist aber kein Billigkeitsinstitut[7], insbesondere kein Ausgleichsinstitut zwischen formellem und materiellem Recht[8]. Bei der Wiedereinsetzung besteht kein Zusammenhang zwischen den beiden Rechtsgebieten. Im Gegensatz zur Wiederaufnahme beruht die Wiedereinsetzung nicht auf dem voraussichtlichen Erfolg in der Hauptsache. Die Wiedereinsetzung ist zu gewähren, gleichgültig, ob die versäumte Rechtshandlung in der Hauptsache von Erfolg sein wird oder nicht.

Man könnte die Wiedereinsetzung allenfalls als Billigkeitsinstitut innerhalb des Verfahrensrechts auffassen, als Regulativ der Fristenstrenge in Ausnahmefällen. Die Möglichkeit der Wiedereinsetzung ist aber immer an bestimmte Voraussetzungen geknüpft und muß bei deren Vorliegen gewährt werden. Die Wiedereinsetzung ist keine Ermessensentscheidung und bereits aus die-

---

4) SCHULTZENSTEIN, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung von Notfristen, ZZP 39, 1 (5). Die Wiedereinsetzung ist auch bei materiellrechtlichen Fristen denkbar; vgl. zur Regelung in einigen Sondergesetzen KARL, Zum Problem der Nachsicht bei Fristversäumnis, JR 1965, 52.

5) RG v. 19.3.03 - RGZ 54, 149 (153).

6) v.CANSTEIN, (Fn. 3), S. 3; SCHULTZENSTEIN, (Fn. 4), S. 5; KELLER, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 4; BAUMBACH-LAUTERBACH, § 233 ZPO Anm. 1; RG v. 19.3.03 - RGZ 54, 149 (152).

7) Die Bezeichnung "Nachsicht" in § 36 MRVO 165 deutet allerdings darauf hin.

8) POLLAK, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 3.

sem Grunde kein Billigkeitsinstitut[9].
Nach POLLAK[10] erfaßt das Institut der Wiedereinsetzung die Fälle, in denen die Versäumung der Partei gleichzeitig die Verweigerung des rechtlichen Gehörs bedeuten würde. Dies gilt nicht allgemein für die Wiedereinsetzung, kennzeichnet aber zutreffend die Ausschlußwirkung der Widerspruchsfrist.
Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) gilt auch im Verwaltungsverfahren[11], insbesondere für die Eingriffsverwaltung, wenn ihm auch meist nicht die Qualität eines Grundrechts beigemessen wird.
Nach Art. 103 Abs. 1 GG muß einem Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit geboten sein, zu allen Tat- und Rechtsfragen gehört zu werden[12]. Es ist nicht nötig, daß diese Möglichkeit tatsächlich wahrgenommen wird, jedoch muß diese Gelegenheit verfahrensrechtlich u n d faktisch bestehen[13]. Wäre nun für den Hinderungsgrund der höheren Gewalt oder bei fehlendem Verschulden die Nachholung des Widerspruchs nicht gestattet, so wäre dies eine Versagung des rechtlichen Gehörs[14]. DÜRIG[15] weist dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs seinen Standort letztlich in Art. 1 Abs. 1 GG zu; der Mensch soll vor einer

---

9) So auch RG v. 19.3.03 - RGZ 54, 149 (152);
POLLAK, (Fn. 8), S. 3.

10) POLLAK, (Fn. 8), S. 8.

11) H.M.; FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 217;
FELLNER, Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern, VerwArch. 48, 95 (103); HAMANN, Art. 103 GG Anm. B 2 b; DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 103 GG Rn. 93; SPANNER, Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren, DÖV 1958, 651 (653);
VGH Kassel v. 13.5.56 - NJW 56, 1940;
OVG Münster v. 18.6.58 - AS 13, 310 (330);
BVerwG v. 8.11.57 - DVBl. 1958, 175.

12) DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 103 GG Rn. 28.

13) DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 103 GG Rn. 48.

14) Vgl. auch v.CANSTEIN, (Fn. 8), S. 3, der nur das fehlende Verschulden als Wiedereinsetzungsgrund gelten lassen will, da die Versagung der Restitution für eine Notfrist "wegen eines blinden Zufalls" die "grundlose Versagung fast aller Rechtsmittel" bedeute.

15) DÜRIG, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81, 117 (128).

"Degradierung zum Objekt des Verfahrens" bewahrt werden. Wenn der Staatsbürger ohne Ausnahme einer erbarmungslosen Fristenstrenge unterliegen würde, wäre er zum Verfahrensobjekt gestempelt. Sein Widerspruch gegen einen belastenden Verwaltungsakt (vor dessen Erlaß er vielleicht nicht gehört worden ist) würde wegen der Verspätung ohne sachliche Prüfung zurückgewiesen, obwohl er die Frist gar nicht einhalten konnte. Es steht aber mit Art. 103 Abs. 1 GG im Einklang, daß die Wiedereinsetzung nur bei fehlendem Verschulden gewährt wird. Ist die Widerspruchsfrist aus Nachlässigkeit versäumt worden, so hatte er die Gelegenheit des rechtlichen Gehörs, und die Berufung auf Art. 103 Abs. 1 GG entfällt[16].
Die Wahrung der Widerspruchsfrist ist Sachurteilsvoraussetzung[17] für die verwaltungsgerichtliche Klage, und bei Versäumung der Frist muß die Klage als unzulässig abgewiesen werden[18]. Gäbe es keine Wiedereinsetzung, so hätte der Betroffene auch dann keine Möglichkeit mehr, vor Gericht gehört zu werden, wenn er den Widerspruch infolge widriger Umstände nicht rechtzeitig einlegen konnte. Einen Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs kann man darin aber nur sehen, wenn man mit BAUR[19] dem Art. 103 Abs. 1 GG einen "Justizgewährungsanspruch" entnimmt.

§ 5 Der Antrag auf Wiedereinsetzung - ein außerordentlicher Rechtsbehelf

Um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in das System unserer Rechtsordnung einreihen zu können, muß geklärt werden, ob der Antrag auf Wiedereinsetzung gemessen an seiner Wirkung als

---

16) DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 103 GG Rn. 50.

17) Vgl. hierzu § 3 II, S. 23 ff.

18) Dies ist kein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG, vgl. DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 53.

19) BAUR, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153, 393 (395).

Rechtsmittel oder als Rechtsbehelf angesehen werden muß. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe sind staatliche Rechtsschutzeinrichtungen, die dem Staatsbürger durch Gesetz gegenüber ihm nachteiligen Rechtswirkungen oder ihn beschwerenden, von staatlicher Autorität getragenen Entscheidungen eingeräumt werden[1]. Die vom Gesetz gewährte Möglichkeit, die Beseitigung der infolge Fristversäumung eingetretenen Rechtsnachteile durch einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erwirken, hat daher durchaus den Charakter einer Rechtsschutzeinrichtung.

Kennzeichnend für alle Rechtsmittel ist der Devolutiveffekt[2], d.h. über das Rechtsmittel entscheidet die dem erkennenden Organ übergeordnete Instanz. Die Devolutivwirkung kommt dem Antrag auf Wiedereinsetzung nicht eo ipso zu. Da über die Wiedereinsetzung entscheidet, wem die Entscheidung über die versäumte Rechtshandlung zusteht, ist die höhere Instanz zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag zuständig, wenn sie auch über die nachgeholte Rechtshandlung zu befinden hat (§§ 60 Abs. 4 VwGO, 237 ZPO). Der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen Versäumung einer Rechtsmittelfrist nimmt also nur am Devolutiveffekt des nachgeholten Rechtsmittels teil, löst ihn aber nicht selbständig aus. Auch der Antrag auf Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist gelangt nur in die Zuständigkeit der der Ausgangsbehörde übergeordneten Widerspruchsbehörde, da er insoweit an den nachgeholten Widerspruch geklammert ist.

Außerdem ist dem Wesen eines Rechtsmittels der Suspensiveffekt eigen[3], d.h. die Hemmung des Eintritts der formellen Rechts-

---

1) HELLBLING, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, Bd. I, S. 367; vgl. auch WOLFF, Verwaltungsrecht III, § 175 I a, S. 424.

2) ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 132 I 2 b, S. 652; THOMAS-PUTZO, Vorbem. I 2 vor § 511 ZPO; REDEKER-VON OERTZEN, § 124 VwGO Anm. 1; KLINGER, Einführung vor § 124 VwGO Anm. A III.

3) ROSENBERG, (Fn. 2), § 132 I 2 a, S. 651; THOMAS-PUTZO, Vorbem. I 1 vor § 511 ZPO; REDEKER-VON OERTZEN, § 124 VwGO Anm. 1; KLINGER, Einführung vor § 124 VwGO Anm. A III.

kraft. Sowohl dem Antrag auf Wiedereinsetzung als auch der gewährten Wiedereinsetzung fehlt die Suspensivwirkung[4] und damit eine wesentliche Eigenschaft eines Rechtsmittels. Wenn ein ordnungsgemäßer Antrag auf Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Widerspruchsfrist gestellt ist, besteht die Besonderheit, daß der innerhalb der Antragsfrist für die Wiedereinsetzung nachgeholte Widerspruch nach § 80 VwGO automatisch aufschiebende Wirkung hat[5]. Die mit der Einlegung des Widerspruchs eintretende aufschiebende Wirkung ist aber nicht abhängig vom Vorliegen eines Wiedereinsetzungsantrags, sondern die alleinige Folge der Erhebung des Widerspruchs.

Zum Wesen eines Rechtsmittels gehört weiterhin, daß es auf eine Überprüfung der "Richtigkeit" der angefochtenen Entscheidung[6] in tatsächlicher und rechtlicher, mindestens jedoch in rechtlicher Hinsicht abzielt. Der Wiedereinsetzungsantrag führt nur zu der Nachprüfung, ob die Frist ohne Verschulden (§ 60 VwGO) nicht eingehalten werden konnte. Die mit dem nachgeholten Rechtsbehelf angefochtene Entscheidung dagegen wird bis zum Vorliegen einer positiven Wiedereinsetzungsentscheidung einer sachlichen Überprüfung nicht unterzogen. Die Rechtsfolgen der Fristversäumung, die mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung beseitigt werden sollen, treten kraft Gesetzes automatisch ein und beruhen nicht auf einer Entscheidung. Der Antrag auf Wiedereinsetzung strebt daher nicht die für ein Rechtsmittel typische Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit einer Entscheidung an und verdient daher auch aus diesem Grunde nicht die Bezeichnung Rechtsmittel.

Unsere Rechtsordnung kennt noch die Bezeichnung Rechtsbehelf,

---

4) Wenn ein Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt ist, kann das Gericht nach § 707 ZPO auf Antrag Anordnungen treffen, die die Zwangsvollstreckung der rechtskräftigen Entscheidung hindern oder erschweren.

5) Auch ein unzulässiger Widerspruch hat aufschiebende Wirkung, vgl. § 24, S. 167 ff.

6) ROSENBERG, (Fn. 2), § 132 I 2 c, S. 652; EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 3; WOLFF, Verwaltungsrecht III, § 175 I b, S. 424.

die als Oberbegriff auch die Rechtsmittel umfaßt[7], sich aber im übrigen keiner einheitlichen Verwendung erfreuen darf. Der Begriff Rechtsmittel wird allgemein dem gerichtlichen Verfahren vorbehalten[8]. Rechtsbehelfe sind demnach alle der Parteiinitiative anheimgestellten Rechtsschutzmittel, die außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens eingeräumt oder innerhalb eines Gerichtsverfahrens gewährt werden und denen der Suspensiv- oder Devolutiveffekt fehlt. Der Antrag auf Wiedereinsetzung zählt daher zu den Rechtsbehelfen[9].

Die Rechtsbehelfe werden gewöhnlich in ordentliche und außerordentliche unterteilt. Der Unterschied liegt darin, daß die außerordentlichen Rechtsbehelfe erst nach Eintritt der Rechtskraft einer Entscheidung eingelegt werden[10], während ordentliche Rechtsbehelfe vom Zeitpunkt der formellen Rechtskraft ab unzulässig sind. Da der Antrag auf Wiedereinsetzung wegen Versäumung einer Rechtsmittel- oder Rechtsbehelfsfrist den Ablauf der Frist, also die formelle Rechtskraft, voraussetzt, trägt er die Merkmale eines außerordentlichen Rechtsbehelfs.

Die außerordentlichen Rechtsbehelfe können noch unterteilt werden in solche, die unmittelbar zur Nachprüfung der formell rechtskräftigen Entscheidung führen, wie der außerordentliche Rechtsbehelf der Wiederaufnahme des Verfahrens, und solche, die nur mittelbar ihre Überprüfung anstreben. Da der Antrag

---

7) SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 372; EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 3; KOEHLER, § 68 VwGO Anm. II 1.

8) EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 3; KOEHLER, § 58 VwGO Anm. II 1.

9) KOEHLER, § 58 VwGO Anm. II 6; EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 3; KLINGER, Einführung vor § 124 VwGO Anm. A I; REDEKER-VON OERTZEN, § 124 VwGO Anm. 1.

10) SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, (Fn. 7), S. 372.
Im Österreichischen Rechtskreis wird nach diesem Gesichtspunkt die Einteilung in ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel getroffen. Vgl. MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 223. ADAMOVICH, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsrechts, 1. Bd., S. 254; BECKER, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, S. 186, 205 f.; HELLBLING, Komm. zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, Bd. I, S. 471.

auf Wiedereinsetzung nur die infolge Fristversäumung fehlende Wirksamkeit des nachgeholten Widerspruchs herbeiführen will, ist die Überprüfung des Verwaltungsakts nur mittelbar sein Ziel. Nach dieser Unterscheidung, über deren Berechtigung man streiten kann, ist der Antrag auf Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Frist für die Einlegung des Widerspruchs (oder eines anderen Rechtsbehelfs oder Rechtsmittels) ein mittelbarer außerordentlicher Rechtsbehelf[11].

11) REDEKER-VON OERTZEN, 1. Aufl., § 121 VwGO Rn. 8.

3. K a p i t e l :

DIE VORAUSSETZUNGEN DER WIEDEREINSETZUNG IN DEN VORIGEN STAND

Die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung bei versäumter Widerspruchsfrist werden im folgenden im allgemeinen nur kurz geschildert. Nur wenn die in § 70 Abs. 2 VwGO angeordnete Analogie zu Unklarheiten führt, Streitpunkte in Literatur oder Rechtsprechung bestehen oder die von der Praxis herausgearbeiteten Grundsätze auf die Wiedereinsetzung bei Nichteinhaltung der Widerspruchsfrist nicht ohne Abwandlung angewendet werden können, werden eingehendere Erörterungen gemacht.

§ 6 Die Versäumung der Frist für den Widerspruch

I. Die Widerspruchsfrist als gesetzliche Frist

Nach § 60 VwGO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich, wenn jemand unverschuldet eine g e s e t z l i c h e Frist[1] nicht einhalten konnte. Eine gesetzliche Frist ist auch die in § 70 Abs. 1 VwGO gesetzte Frist für die Erhebung des Widerspruchs[2]. Da dem § 60 VwGO eine Geltungsbeschränkung auf prozessuale Fristen nicht entnommen werden kann[3], erscheint die Verweisung in § 70 Abs. 2 VwGO auf § 60 VwGO als überflüssig[4].

---

1) Die ZPO kennt eine Wiedereinsetzung nur bei sog. Notfristen (§ 233 ZPO), einer besonderen Art von gesetzlichen Fristen, und den Rechtsmittelbegründungsfristen.

2) KLINGER, § 57 VwGO Anm. A 2; SCHUNCK-DE CLERCK, § 57 VwGO Erl. 1; ULE, § 60 VwGO Anm. I, S. 222; KOEHLER, § 70 VwGO Anm. V. Der Begriff der gesetzlichen Frist steht im Gegensatz zur richterlichen Frist, deren Dauer der Richter bestimmt.

3) A.A. KLINGER, § 60 VwGO Anm. A 2.

4) So auch KRATZER, Der Widerspruch, BayVBl. 1960, 165 (166).

II. Die Versäumung der Widerspruchsfrist

1. Die Fristversäumung ist Zulässigkeitsvoraussetzung für die Wiedereinsetzung

Die Wiedereinsetzung ist nur gegen die Versäumung einer gesetzlichen Frist statthaft. Die Versäumung der Frist ist daher Zulässigkeitsvoraussetzung für den Antrag auf Wiedereinsetzung[5]. Hat die Monatsfrist für die Erhebung des Widerspruchs noch gar nicht zu laufen begonnen oder ist sie noch nicht abgelaufen, so ist ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statthaft und als unzulässig zu verwerfen[6]. Steht nicht einwandfrei fest, ob die Frist tatsächlich versäumt ist, so kann auf einen vorsorglich gestellten Antrag hin Wiedereinsetzung gewährt werden, für den Fall, daß die Frist versäumt ist, wenn alle übrigen Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung zweifelsfrei vorliegen[7]. Gedacht ist vor allem daran, daß nur unter schwierigen Umständen oder mit großem Kostenaufwand nachgewiesen werden könnte, daß der Widerspruch fristgerecht eingelegt worden ist. Die gewährte Wiedereinsetzung wirkt dann nur für den Fall, daß die Frist tatsächlich nicht gewahrt worden ist, andernfalls ist sie gegenstandslos[8].

2. Der Begriff der Versäumung

Von einer V e r s ä u m u n g spricht man im Zivilprozeß bei der Nichtvornahme einer Prozeßhandlung innerhalb des für sie gesetzten Zeitraums, während V e r s ä u m n i s die totale Versäumung eines Termins zur obligatorischen mündlichen Ver-

---

5) BayVGH v. 5.10.49 - VGH n.F. 2, 113;
BayVGH v. 13.3.51 - DÖV 1952, 314;
OVG Koblenz v. 7.9.55 - AS 4, 406.

6) Wie Fn. 5).

7) BGH v. 31.1.52 - BGHZ 4, 389 (396);
BSG v. 4.12.56 - BSG 4, 156 (159);
DAPPRICH, Das sozialgerichtliche Verfahren, S. 82;
SCHRAFT, § 67 SGG Rn. 8.

8) Wie Fn. 7).

handlung durch Nichterscheinen oder Nichtverhandeln der Partei ist[9].

Eine Versäumung der Widerspruchsfrist liegt dann vor, wenn der Betroffene den fristgebundenen Rechtsbehelf überhaupt nicht oder erst nach Ablauf der Monatsfrist einlegt[10]. Die Frist ist auch versäumt, wenn der Widerspruch zwar innerhalb eines Monats erhoben wurde, aber mit einem wesentlichen Mangel behaftet ist, z.B. nicht der vorgeschriebenen Form entspricht und daher unwirksam ist[11]. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegenüber Formfehlern ist nicht möglich[12]; auch eine analoge Anwendung der Wiedereinsetzungsvorschriften ist nicht zulässig. Die Verletzung der Formvorschrift des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann nur dadurch geheilt werden, daß der Widerspruch nochmals formgerecht eingelegt wird, was aber wirksam nur möglich ist, wenn die Frist inzwischen noch nicht abgelaufen ist[13].

Außerdem liegt eine Fristversäumung vor, wenn der Widerspruch nicht an die zuständige Verwaltungsbehörde gerichtet wird. Der Widerspruch muß vor Fristablauf schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde eingelegt werden, die den Verwaltungsakt erlassen hat (§ 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Frist wird jedoch gewahrt durch formgerechte Erhebung des Widerspruchs bei der an sich unzuständigen Widerspruchsbehörde (§ 70 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Der Eingang des Widerspruchs bei

---

9) ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 76 I, S. 344.

10) ROSENBERG, (Fn. 9), § 76 I, S. 344; KLINGER, § 60 VwGO Anm. A 2; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. II 1; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 1; ULE, § 60 VwGO Anm. I, S. 222.

11) BVerwG v. 2.4.54 - VerwRspr. 6, 895.

12) VGH Kassel v. 18.12.63 - DVBl. 1964, 599 (600).

13) Hat der Widerspruchsführer die falsche Form gewählt, weil er einer unrichtigen Rechtsbehelfsbelehrung gefolgt ist, so läuft die Widerspruchsfrist überhaupt nicht (§§ 70 Abs. 2, 58 VwGO) und die formgerechte Erhebung ist binnen Jahresfrist ab Bekanntgabe des Verwaltungsakts möglich.

einer anderen Behörde oder beim Verwaltungsgericht wahrt die Widerspruchsfrist nicht. Eine Wiedereinsetzung kommt hier nicht in Betracht, da bei ordnungsgemäßer Rechtsmittelbelehrung die Einlegung des Widerspruchs bei einer unzuständigen Behörde in der Regel verschuldet ist[14].

Die Versäumung der Widerspruchsfrist kann auch nicht durch Klageerhebung innerhalb der Widerspruchsfrist verhindert werden. Die Verfechter der Gegenansicht glauben entweder, daß mit derart rechtzeitiger Erhebung der Klage "auch die Fristen zur Anfechtung im Verwaltungswege entweder verlängert oder gewahrt sind"[15] oder sehen in der Klage zugleich einen Widerspruch[16]. Mit diesem Problem hat sich SCHUMANN[17] eingehend befaßt und überzeugend dargelegt, daß die These von der Doppelwirkung der Klage unhaltbar ist. Eigentlich ergibt sich bereits aus § 70 Abs. 1 VwGO eindeutig, daß die Widerspruchsfrist nicht durch Klageerhebung gewahrt werden kann. Widerspruch und Klage stehen dem Betroffenen nicht wahlweise zur Verfügung, sondern sind nach dem Willen des Gesetzgebers nacheinander zu erheben, wobei die Widerspruchsfrist und die Klagefrist eingehalten werden müssen. Interpretiert man in die Klage einen Widerspruch hinein, so ist das Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung hinfällig. Die Konstruktion einer

---

14) EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 3.
Fehlte eine Rechtsbehelfsbelehrung oder war sie unrichtig, bedarf es keiner Wiedereinsetzung, da die Widerspruchsfrist noch nicht in Lauf gesetzt ist (§§ 70 Abs. 2, 58 VwGO) und innerhalb eines Jahres ab Bekanntgabe des Verwaltungsakts der Widerspruch noch erhoben werden kann.

15) So BETTERMANN, Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, DVBl. 1959, 308 (313 sub 4 c).

16) BVerwG v. 6.3.59 - DVBl. 1959, 777;
BVerwG v. 18.12.59 - NJW 1960, 883;
BVerwG v. 27.2.63 - BVerwGE 15, 306 (310);
BSG v. 18.2.64 - BSGE 20, 199;
sowie BETTERMANN, (Fn. 15); zustimmend HAUEISEN, Die Beachtung nicht gerügter Verfahrensmängel durch das Revisionsgericht, NJW 1961, 2329 (2330 Anm. 19).

17) SCHUMANN, Die sozialgerichtliche Klage als gleichzeitiger Widerspruch?, NJW 1965, 2090 ff. Seine Ausführungen gelten ebenso für das verwaltungsgerichtliche Verfahren.

Verlängerung der Widerspruchsfrist durch rechtzeitige Klageerhebung ist ebenfalls unmöglich, da die Widerspruchsfrist als gesetzliche Frist mangels einer ausdrücklichen Regelung gar nicht verlängert werden kann.
Eine ordnungsgemäß erhobene Klage entspricht außerdem nicht den Erfordernissen eines Widerspruchs und kann daher die Widerspruchsfrist nicht wahren[18].

3. Die Folgen der Versäumung

Die Versäumung der Frist hat allgemein zur Folge, daß der Säumige mit der fristgebundenen Handlung, hier also mit dem Widerspruch, ausgeschlossen ist[19]. Der Widerspruch kann nun nicht mehr wirksam erhoben werden und die Widerspruchsbehörde wird ihn wegen der Fristüberschreitung als unzulässig verwerfen. Vor allem muß die verwaltungsgerichtliche Klage als unzulässig abgewiesen werden, weil ein rechtzeitiger Widerspruch als Sachurteilsvoraussetzung fehlt. Diese Präklusionswirkung ist nur an den ungenützten Ablauf der Widerspruchsfrist geknüpft; sie ist die automatische Rechtsfolge der Fristversäumung. Der Nachteil des Ausschlusses mit der fristgerecht vorzunehmenden Rechtshandlung muß nicht angedroht oder angekündigt werden[20], verlangt keinen Antrag und tritt ein ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden. Mangelndes Verschulden ist aber bei Versäumung der Widerspruchsfrist ein Wiedereinsetzungsgrund[21] (§§ 70 Abs. 2, 60 Abs. 1 VwGO).

---

18) So auch BayVGH v. 2.7.63 - BayVBl. 1964, 265;
BaWüVGH v. 18.3.60 - VerwRspr. 13, 236 (237);
STICH, Was ist bei fehlendem Vorverfahren zu tun?, DVBl. 1960, 378 (379); DAPPRICH, Die prozessualen Folgen des fehlenden Vorverfahrens, DVBl. 1960, 194 (195); EYERMANN-FRÖHLER, § 68 VwGO Rn. 2.
Selbst BETTERMANN, (Fn. 15), S. 314 (sub 6 b) hat Bedenken: "Diese Fiktionen ..., wenn sie überhaupt statthaft sind, ..."

19) Grundsatz des § 230 ZPO.

20) Vgl. § 231 ZPO.

21) Vgl. hierzu § 10, S. 77.

III. Der Beginn der Widerspruchsfrist

1. Bekanntgabe des Verwaltungsakts

Die Widerspruchsfrist beträgt einen Monat und beginnt mit der Bekanntgabe des Verwaltungsakts oder des Bescheids, der den Erlaß eines beantragten Verwaltungsakts ablehnt, an den Beschwerten (§ 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Für jeden Betroffenen läuft daher die Frist gesondert ab Bekanntgabe. Der Begriff "Bekanntgabe" umfaßt sämtliche Möglichkeiten der Mitteilung, wie förmliche Zustellung, formlose Mitteilung, mündliche Eröffnung und öffentliche Bekanntgabe[22]. Die Widerspruchsfrist wird also nicht nur durch Zustellung in Lauf gesetzt; § 56 VwGO gilt nicht für das Verwaltungsverfahren[23]. Welche Art der Bekanntgabe vorgenommen werden muß, ist den einzelnen materiellen Verwaltungsgesetzen oder Verwaltungsverfahrensgesetzen zu entnehmen. Die Bekanntgabe kann daher formlos erfolgen, soweit nicht ausdrücklich eine bestimmte Form der Bekanntgabe vorgeschrieben ist[24]. Wird z.B. eine förmliche Zustellung gefordert, so beginnt die Frist nur bei ordnungsgemäßer Einhaltung dieser Form[25]. Fehlt eine derartige Bestimmung überhaupt, so liegt die Wahl des Bekanntmachungsmodus im Ermessen der Behörde[26]. Bei mündlicher Eröffnung empfiehlt es sich, darüber einen vom Empfänger unterzeichneten Vermerk in den Akt aufzunehmen, damit der Zeitpunkt des Fristbeginns nachgewiesen werden kann[27]. Bekanntgabe ist die auf dem Willen der Behörde beruhende Mit-

---

22) KLINGER, § 70 VwGO Anm. C 1 a; REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 2; SCHUNCK-DE CLERCK, § 70 VwGO Erl. 6 a.

23) H.M., EYERMANN-FRÖHLER, § 56 VwGO Rn. 23 mit weiteren Nachweisen unter ausdrücklicher Aufgabe der abweichenden Ansicht in früheren Auflagen.

24) NAUMANN, Rechtsmittelbelehrung und Zustellung bei Verwaltungsakten, DV 1948, 137 (138).

25) O.MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 237; OVG Koblenz v. 7.9.55 - AS 4, 406 (407).

26) So auch Einzelbegründung zu § 31 EVwVerfG 1963 (S. 148).

27) KLINGER, § 70 VwGO Anm. C 1 a.

teilung des Verwaltungsakts an den Adressaten. Zufälliges Bekanntwerden auf andere Weise oder Kenntnisnahme durch den Adressaten anläßlich eines anderen Vorgangs setzt die Widerspruchsfrist nicht in Lauf[28]. Bekanntgabe des Verwaltungsakts bedeutet aber nicht Kenntnisnahme durch den Adressaten. Es genügt der Zugang des Verwaltungsakts[29], d.h. die Möglichkeit der Kenntnisnahme, im Falle einer förmlichen Zustellung deren Ordnungsmäßigkeit.

2. Rechtsbehelfsbelehrung

Die Monatsfrist für die Einlegung des Widerspruchs beginnt trotz ordnungsgemäßer Bekanntgabe des Verwaltungsakts bzw. des ablehnenden Bescheids erst zu laufen, wenn eine schriftliche Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt ist (§§ 70 Abs. 2, 58 VwGO). Eine allgemeine Pflicht, eine Rechtsbehelfsbelehrung zu erteilen, besteht unter bestimmten Voraussetzungen nur für die Bundesbehörden (§ 59 VwGO). Die Notwendigkeit, anfechtbare schriftliche Verwaltungsakte von Landesbehörden, Kommunalbehörden sowie Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen, ergibt sich indirekt aus §§ 70 Abs. 2, 58 VwGO oder auf Grund ausdrücklicher Bestimmung[30].
Die Rechtsbehelfsfrist beginnt für jeden Betroffenen nur zu laufen, wenn er eine schriftliche Rechtsbehelfsbelehrung erhalten hat[31].

---

28) KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 195; NAUMANN, (Fn. 24), S. 137; REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 2;
a.A. KOEHLER, § 70 VwGO Anm. II.

29) KLINGER, § 70 VwGO Anm. C 1 a; SCHUNCK-DE CLERCK, § 70 VwGO Erl. 6 a; Einzelbegründung zu § 31 EVwVerfG 1963 (S. 148).

30) Eine Belehrungspflicht besteht z.B. nach § 154 BBauG, § 30 Abs. 4 Satz 2 AWG, § 33 Abs. 1 WohngeldG, § 18 Abs. 1 Ziff.1 GaststättenG.

31) So auch HILLERMEIER, Beteiligte und "sonst Betroffene" im Sinne des § 58 VwGO, NJW 1965, 2048;
a.A. HessVGH v. 23.11.64 - DÖV 1965, 465. Der HessVGH wäre auch zu dem gewünschten Ergebnis gelangt, wenn er die dem Bevollmächtigten zugestellte Belehrung zugleich für ihn als Betroffenen hätte gelten lassen, wogegen wohl keine Bedenken bestehen. Vgl. auch HILLERMEIER, S. 2049.

Die Rechtsbehelfsbelehrung muß sämtliche in § 58 Abs. 1 VwGO geforderten Angaben richtig und unmißverständlich enthalten, so daß der Betreffende in der Lage ist, den Rechtsbehelf wirksam zu erheben[32].

Der Betroffene muß über den ihm zunächst zustehenden Rechtsbehelf informiert werden[33], also nur über die Möglichkeit des Widerspruchs. Ein Hinweis auf eine zulässige Klageerhebung nach erfolglosem Widerspruch ist nicht nötig, jedoch unschädlich[34]. Der Rechtsbehelf ist namentlich zu bezeichnen[35]. Es ist nur auf einen statthaften Rechtsbehelf hinzuweisen; daß er im Einzelfall unzulässig ist, macht die Belehrung nicht unrichtig[36].

Die Rechtsbehelfsbelehrung ist nur ordnungsgemäß, wenn sie die Angabe der Verwaltungsbehörde, bei der der Widerspruch anzubringen ist, und deren Sitz enthält. Die Benennung der Behörde mit ihrer vollen amtlichen Bezeichnung ist nicht unbedingt nötig[37]. Jedoch muß die Benennung der Verwaltungsbehörde und die Angabe ihres Sitzes so eindeutig bezeichnet und so genau sein, daß der Belehrte mit ihr ohne weitere Erkundigungen in Verbindung treten kann und daß vor allem eine Postzustellung ohne Schwierigkeiten möglich ist[38]. Die Belehrung muß die Angabe der sachlich und örtlich[39] zuständigen Verwaltungsbehörde enthalten. Da nur über die zuständige Behörde belehrt werden muß, ist kein Hinweis darauf nötig, daß die Widerspruchsfrist auch durch rechtzeitige Einlegung des Widerspruchs bei der Wi-

---

32) PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 66 SGG Anm. 3 a.

33) KLINGER, § 58 VwGO Anm. F 2 a; SCHUNCK-DE CLERCK, § 58 VwGO Erl. 3 c.

34) BVerwG v. 4.12.59 - NJW 1960, 1074 (1075).

35) PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 66 SGG Anm. 3 a.

36) BayVGH v. 29.10.57 - VerwRspr. 10, 631.

37) NOACK, Die Rechtsmittelbelehrung als Voraussetzung für den Fristenlauf, DÖV 1961, 216 (219).

38) EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 9; KLINGER, § 58 VwGO Anm. C 1 a.

39) BVerwG v. 20.6.58 - VerwRspr. 11, 237; KÖRNER, Rechtsmittelbelehrung und Fristenlauf, NJW 1960, 1184 (1187 sub 2).

derspruchsbehörde gewahrt wird[40] (§ 70 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Doch hat die Nennung der Behörde ad quem alleine oder primär die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung zur Folge[41] und setzt die Frist nicht in Lauf.

Anzugeben ist ferner die Frist, innerhalb derer der Widerspruch eingelegt werden muß. Der Rechtsmittelbelehrung muß einwandfrei die Dauer der Widerspruchsfrist, mindestens jedoch das Ende der Frist, entnommen werden können. Dabei braucht die Frist nicht mit den im Gesetz verwendeten Worten bezeichnet werden[42]. Daß sich die Frist manchmal verlängert, wenn der letzte Tag auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag fällt, braucht nicht mitgeteilt zu werden[43]. Ist in einer Rechtsmittelbelehrung an Stelle der gesetzlich gegebenen Widerspruchsfrist eine längere Zeitspanne angegeben, so beginnt die Frist trotzdem zu laufen und es gilt die längere Frist[44]. Diese Ansicht ist nicht bedenkenfrei, da die Verwaltungsbehörde eine gesetzliche Frist nicht verlängern kann; sie ist aber zweckmäßig. Bei einer Berichtigung der Belehrung oder einer erneuten Belehrung würde mit deren Zugang die Frist neu beginnen[45] und der Betreffende unter Umständen einen größeren Fristgewinn

---

40) BVerwG v. 17.9.54 - BVerwGE 1, 192 (193); EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 8; KOEHLER, § 58 VwGO Anm. II 12 a; SCHUNCK-DE CLERCK, § 58 VwGO Erl. 3 d.

41) BSG v. 24.7.57 - NJW 57, 1493 (nur Leitsatz); SCHUNCK-DE CLERCK, § 58 VwGO Erl. 3 d.

42) PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 66 SGG Anm. 3 e. Die Angabe "binnen vier Wochen" statt "innerhalb eines Monats" wäre jedoch unrichtig, da vier Wochen stets 28 Tage sind, während ein Monat je nachdem 28 bis 31 Tage sind.

43) NOACK, (Fn. 37), S. 219.

44) WüBaVGH v. 13.2.58 - VerwRspr. 10, 628 (629); BayVGH v. 15.5.52 - DÖV 1952, 703; EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 10; SCHUNCK-DE CLERCK, § 58 VwGO Erl. 3 e; REDEKER-VON OERTZEN, § 58 VwGO Anm. 8; ULE, § 58 VwGO Anm. I S. 218; KÖRNER, (Fn. 39), S. 1187 sub 3.

45) EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 16; KLINGER, § 58 VwGO Anm. D.

haben[46]. Bei Angabe einer zu kurzen Frist beginnt die Frist überhaupt nicht zu laufen[47]. Der Betroffene soll sich nicht durch eine zu kurze Frist von der Einlegung des Rechtsbehelfs abhalten lassen[48]. Zur Belehrung "über den Rechtsbehelf" gehört auch die Angabe der für den Rechtsbehelf zwingend vorgeschriebenen Form[49], obwohl dies nicht ausdrücklich in § 58 Abs. 1 VwGO erwähnt ist. Der Betroffene soll bei gewissenhafter Befolgung der Rechtsbehelfsbelehrung den Rechtsbehelf wirksam einlegen können. Die Rechtsbehelfsbelehrung hat also anzugeben, daß der Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, zu erheben ist (§ 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
Weitere Angaben sind nicht notwendig. Enthält die Rechtsbehelfsbelehrung aber Angaben, die über den notwendigen Inhalt hinausgehen, so sind sie insoweit unschädlich, als sie richtig, vollständig und unmißverständlich sind[50].
Die Rechtsmittelbelehrung muß mindestens in schriftlicher Form erteilt werden. Die Bekanntgabe der Rechtsmittelbelehrung erfolgt entweder in derselben Form wie der Verwaltungsakt oder der ablehnende Bescheid durch Zustellung oder durch Übergabe des amtlichen Formulars an den Beschwerten.
Ist die Rechtsmittelbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt, so wird die für den Widerspruch geltende Frist von einem Monat nicht in Lauf gesetzt, gleichgültig, ob eine Belehrungs-

---

46) EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 10 raten daher von einer Berichtigung der Fristangabe überhaupt ab oder lassen sie nicht über die ursprünglich angegebene Frist hinaus laufen. So auch KOEHLER, § 58 VwGO Anm. II 14.

47) PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 66 SGG Anm. 3 e; EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 11 und die in Fn. 44) Genannten.

48) EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 11; KÖRNER, (Fn. 39), S. 1187 sub 3 b.

49) EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 7; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 66 SGG Anm. 3 e; REDEKER-VON OERTZEN, § 58 VwGO Anm. 9; BSG v. 12.2.58 - BSGE 7, 16 (18) mit Zustimmung von MENGER in VerwArch. 50, 273;
a.A. BVerwG v. 17.9.54 - BVerwGE 1, 192 (193);
ULE, § 58 VwGO Anm. I, S. 217; NOACK, (Fn. 37), S. 218.

50) OVG Münster v. 25.2.55 - DVBl. 1955, 670 (671).

pflicht zwingend vorgeschrieben war oder nicht. Dies gilt auch dann, wenn der Beschwerte den Rechtsbehelf und die Voraussetzungen seiner Einlegung kennt[51]. Unrichtig erteilt ist eine Rechtsmittelbelehrung, wenn sie nicht formgerecht ergangen oder inhaltlich unvollständig oder unklar ist[52].
Die Folge einer fehlenden oder mangelhaften Rechtsbehelfsbelehrung ist, daß die Einlegung des Widerspruchs grundsätzlich nur innerhalb eines Jahres seit Bekanntgabe des Verwaltungsakts zulässig ist (§§ 70, 58 Abs. 2 VwGO).
Neuerdings ist streitig, ob die Befristung des Widerspruchs nach § 58 Abs. 2 VwGO nur gegenüber demjenigen Platz greift, dem der Verwaltungsakt bekanntgegeben wurde[53], oder ob die Jahresfrist mit Bekanntgabe an den Adressaten gegenüber jedermann zu laufen beginnt, wie der Bayerische Verwaltungsgerichtshof meint[54].
Das Ergebnis, daß Verwaltungsakte grundsätzlich nach Ablauf eines Jahres ab Bekanntgabe unanfechtbar werden, ist auf den ersten Blick bestechend, jedoch mit der gesetzlichen Regelung unvereinbar.
§ 58 Abs. 2 VwGO darf nicht isoliert betrachtet werden, zumal § 70 Abs. 2 VwGO auf ihn verweist. Aus § 70 Abs. 1 in Verbindung mit § 58 Abs. 1 VwGO ergibt sich eindeutig, daß die Bekanntmachung des Verwaltungsakts u n d eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung Voraussetzungen für den Beginn der Wider-

---

51) EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 13; KLINGER, § 58 VwGO Anm. E 1; KOEHLER, § 58 VwGO Anm. II; SCHUNCK-DE CLERCK, § 58 VwGO Erl. 4 a; REDEKER-VON OERTZEN, § 58 VwGO Anm. 15.

52) KLINGER, § 58 VwGO Anm. E 1.

53) ULE, §§ 69-73 VwGO Anm. II, S. 255; MANG, Befristung des Widerspruchs nach § 58 Abs. 2 VwGO, BayVBl. 1964, 396 (397); MADER, Ausschluß des Widerspruchs durch Zeitablauf, BayVBl. 1965, 375 (376 f.); HAUEISEN, Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, 2037 (2039 sub III 3); BERNHARDT, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, 302 (308) verlangt mindestens zuverlässige Kenntnis des Verwaltungsakts, um dann § 58 Abs. 2 VwGO analog anzuwenden.

54) So BayVGH v. 17.4.64 - BayVBl. 1964, 265 (nur Leitsatz) = DVBl. 1965, 93 ohne eingehende Begründung, die auch schwerfallen dürfte.

spruchsfrist sind: § 58 Abs. 2 VwGO bestimmt nur, daß bei fehlender oder mangelhafter Rechtsbehelfsbelehrung die Jahresfrist gelten soll, läßt aber die eine Voraussetzung für den Fristbeginn, die Bekanntgabe des Verwaltungsakts, unberührt. Die Frist von einem Jahr läuft a n S t e l l e der gesetzlichen Widerspruchsfrist, wenn die Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt ist. Die Ausschlußfrist des § 58 Abs. 2 VwGO läuft also - wie die Widerspruchsfrist von einem Monat - nur dem gegenüber, dem der Verwaltungsakt bekanntgegeben worden ist[55]. Es ist daher denkbar, daß der Verwaltungsakt für jeden Betroffenen zu einem anderen Zeitpunkt unanfechtbar wird.

Auch wenn man nur von § 58 Abs. 2 VwGO ausgeht, ist deutlich, daß diese Regelung die Bekanntgabe des Verwaltungsakts voraussetzt. Für einen Betroffenen Rechtsfolgen an eine unterbliebene oder falsche Rechtsmittelbelehrung zu knüpfen, ist nur im Zusammenhang mit einer Bekanntgabe des Verwaltungsakts sinnvoll. Erfährt der Beschwerte gar nichts, so wird das niemand mit der Wendung umschreiben, die Rechtsbehelfsbelehrung sei unterblieben. Eine isolierte Rechtsbehelfsbelehrung ohne Mitteilung des Verwaltungsakts ist schwer vorstellbar. Außerdem kann die Einlegung des Rechtsbehelfs nur demjenigen infolge höherer Gewalt unmöglich sein, dem der Verwaltungsakt bekannt ist und der bestrebt ist, Widerspruch einzulegen.

Es kann daher nicht Sinn und Zweck des § 58 Abs. 2 VwGO sein, allen Betroffenen nach einer bestimmten Zeit die Erhebung des Widerspruchs gegen einen Verwaltungsakt zu verwehren, ohne Rücksicht darauf, ob er ihnen bekanntgegeben worden ist und ob sie den Umfang der Rechtsverletzung kennen.

Es kann daher als Ergebnis zusammengefaßt werden: Ist der Verwaltungsakt einem Betroffenen nicht bekanntgegeben worden, so läuft ihm gegenüber weder die gesetzliche Widerspruchsfrist noch die Jahresfrist nach § 58 Abs. 2 VwGO. War die Bekannt-

---

55) Vgl. auch MADER, (Fn. 53), S. 377, der mit Recht fragt, welcher Bekanntgabezeitpunkt für einen nicht informierten Betroffenen gelten soll, wenn der Verwaltungsakt mehreren anderen Betroffenen nicht zufällig zur gleichen Zeit bekanntgegeben worden ist.

gabe dem Betroffenen gegenüber ordnungsgemäß und ist nur die Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt worden, so läuft zur Einlegung des Widerspruchs ab Bekanntgabe des Verwaltungsakts eine Ausschlußfrist von einem Jahr. Die Wiedereinsetzung ist bei schuldloser Versäumung der Jahresfrist nicht zulässig. Dies ergibt sich bereits daraus, daß beim Vorliegen höherer Gewalt und für den Fall der negativen Rechtsbehelfsbelehrung eine Überschreitung der Jahresfrist unschädlich ist. Wäre gegen ihre unverschuldete Versäumung Wiedereinsetzung möglich, so wären diese Ausnahmen überflüssig, da sie Wiedereinsetzungsgründe darstellen. Nach Ablauf der Jahresfrist ist der Widerspruch unzulässig, ausgenommen, er konnte vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt[56] nicht eingelegt werden oder es ist eine Rechtsmittelbelehrung dahin erfolgt, daß ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei. Nach dem deutlichen Wortlaut des § 58 Abs. 2 VwGO ist der Rechtsbehelf nach Ablauf der Jahresfrist noch zulässig, wenn einer dieser Ausnahmefälle vorliegt, er kann also noch wirksam eingelegt werden. Entgegen der allgemeinen Ansicht handelt es sich hier nicht um einen Fall der Wiedereinsetzung[57]. Der Jahresfrist ist beim Vorliegen von höherer Gewalt der Ausschlußcharakter genommen. Eine Wiedereinsetzung wäre sogar unzulässig, da eine Fristversäumung als Voraussetzung hierfür fehlt. Die Verweisung auf § 60 Abs. 2 VwGO kann für den Fall der höheren Gewalt nur die Bedeutung haben, daß der Rechtsbehelf innerhalb von zwei Wochen nach ihrem Wegfall nachgeholt werden muß und das Vorliegen der höheren Gewalt glaubhaft zu machen ist. Da der Hinderungsgrund kausal für die Nichteinhaltung der Jahresfrist sein muß, muß die höhere Gewalt bis unmittelbar vor Ablauf der Jahresfrist, wenigstens in den letzten zwei Wochen, vorliegen[58].

---

56) Vgl. zu diesem Begriff § 7 IV 2 b bei Fn. 37), S. 66.

57) So aber EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 23; KLINGER, § 58 VwGO Anm. G; KOEHLER, § 58 VwGO Anm. IV 4; REDEKER-VON OERTZEN, § 58 VwGO Anm. 17; ULE, § 58 VwGO Anm. III, S. 219.

58) REDEKER-VON OERTZEN, § 58 VwGO Anm. 17; ULE, § 58 VwGO Anm. III S. 219; KOEHLER, § 58 VwGO Anm. IV 4; OVG Koblenz v. 30.4.57 - AS 6, 112 (117).

Wenn der Betreffende schriftlich belehrt worden ist, daß ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei, so kann der Rechtsbehelf noch nach Verstreichen der Jahresfrist eingelegt werden, ohne daß ausdrücklich eine zeitliche Beschränkung gesetzt ist, da für den Fall der negativen Rechtsbehelfsbelehrung die Verweisung auf § 60 Abs. 2 VwGO nicht gilt. Um eine zeitlich unbegrenzte Anfechtungsmöglichkeit im Interesse der Rechtssicherheit zu verhindern, muß hier an das Institut der Verwirkung gedacht werden[59]. Auch vor Bestehen der Ausschlußfrist nach § 58 Abs.2 VwGO hat man sich mit der Verwirkung beholfen[60]. Zur Verwirkung genügen aber nicht ein gewisser Zeitablauf und bloße Untätigkeit[61]. Es ist weiter notwendig, daß der Berechtigte das Recht, das ihm zusteht, kennt oder kennen muß und der Gegner darauf vertraut hat, er werde von diesem Recht keinen Gebrauch mehr machen[62]. Einem Betroffenen, der belehrt worden ist, es sei kein Rechtsbehelf gegeben, und der nach mehr als einem Jahr Widerspruch erhebt, wird man keinen Verstoß gegen Treu und Glauben vorwerfen können[63]. Da er seine Befugnisse nicht kennt, kann aus seinem untätigen Verhalten nicht geschlossen werden, daß er auch in Zukunft von der Erhebung des Widerspruchs absehen werde.

---

59) EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 24; REDEKER-VON OERTZEN, § 58 VwGO Anm. 18; SCHUNCK-DE CLERCK, § 58 VwGO Erl. 5 d.

60) BVerwG v. 1.3.56 - DVBl. 1956, 520;
BVerwG v. 27.6.57 - BVerwGE 5, 136;
BVerwG v. 10.10.57 - BVerwGE 5, 261;
BVerwG v. 24.2.58 - BayVBl. 1959, 154;
BVerwG v. 9.5.58 - DVBl. 1958, 619.

61) So auch BVerwG v. 4.10.57 - DVBl. 1958, 285;
anders noch BVerwG v. 28.5.57 - DVBl. 1957, 646.

62) Vgl. zu den Voraussetzungen der Verwirkung STICH, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Verwaltungsstreitverfahren, DVBl. 1956, 325.

63) Gegen eine Verwirkung ULE, § 58 VwGO Anm. III, S. 220;
OVG Lüneburg v. 18.7.51 - VerwRspr. 4, 850;
OVG Koblenz v. 28.6.54 - AS 4, 76 (78 f.).

IV. Die Berechnung der Widerspruchsfrist

In § 70 Abs. 1 VwGO ist nur der Beginn und die Dauer der Widerspruchsfrist geregelt. Es ist auffallend, daß § 70 Abs. 2 VwGO für den Widerspruch ausdrücklich auf die §§ 58 und 60 Abs. 1 bis 4 VwGO verweist, aber die entsprechende Anwendung des § 57 Abs. 2 VwGO für die Berechnung der Widerspruchsfrist nicht vorsieht. Die direkte Anwendbarkeit des § 57 Abs. 2 VwGO und damit über § 222 ZPO die analoge Anwendbarkeit der §§ 187 ff. BGB erscheint daher nicht zweifelsfrei. Der Geltungsumfang des § 57 VwGO ist im Schrifttum nicht eindeutig abgegrenzt. § 57 VwGO gilt nach der einen Ansicht nur für prozessuale Fristen[64], nach der anderen ganz einfach für alle gesetzlichen und richterlichen Fristen[65]. KLINGER[66] und SCHUNCK-DE CLERCK[67] sind insofern nicht konsequent, als sie § 57 VwGO einerseits auf prozessuale Fristen beschränken, andererseits die eigentlichen prozessualen Fristen in richterliche und gesetzliche Fristen unterteilen und die Widerspruchsfrist bei den gesetzlichen Fristen anführen. Die Frist für den Widerspruch ist aber keine prozessuale Frist, d.h. keine Frist, die in einem gerichtlichen Verfahren für eine prozessuale Handlung gesetzt ist.
Es fragt sich, ob trotz fehlender Verweisung auf § 57 Abs. 2 VwGO diese Bestimmung auf die Widerspruchsfrist angewendet werden kann[68] oder ob die §§ 187 ff. BGB analog herangezogen werden sollen[69]. Dies ist insofern von Bedeutung, als nach § 222

---

64) KOEHLER, § 57 VwGO Anm. II 1; KLINGER, § 57 VwGO Anm. B; wohl auch SCHUNCK-DE CLERCK, § 57 VwGO Erl. 1.

65) REDEKER-VON OERTZEN, § 57 VwGO Anm. 1; ULE, § 57 VwGO Anm. II, S. 215; EYERMANN-FRÖHLER, § 57 VwGO Rn. 1 "Fristen der VwGO".

66) KLINGER, § 57 VwGO Anm. A 1 und 2.

67) SCHUNCK-DE CLERCK, § 57 VwGO Erl. 1.

68) So EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 4; KLINGER, § 70 VwGO Anm. C 1 e; REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 2.

69) Die sinngemäße Anwendung im öffentlichen Recht bejahen FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 159; PETERS, Lehrbuch der Verwaltung, S. 157 sub c; WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 37 III a, S. 202; für das Verwaltungsverfahren: FELLNER, Das Verwaltungsverfahren, VerwArch. 48, 95 (110); HAUEISEN, Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren, DVBl. 1962, 881; § 23 EVwVerfG 1963 mit ausdrücklichen Abweichungen.

Abs. 2 ZPO - im Gegensatz zur Fristberechnung nach den §§ 187 ff. BGB - das Fristende nie an einem Samstag[70], Sonntag oder gesetzlichen Feiertag eintritt, sondern erst am nächstfolgenden Werktag. Nachdem auch die Verwaltungsbehörden verpflichtet sind, geeignete Vorkehrungen zu treffen, die die volle Ausnützung der Rechtsbehelfsfrist gestatten[71], ist der Unterschied nicht mehr so gravierend. Da der Widerspruch aber auch zur Niederschrift der Behörde erhoben werden kann, ist - wenn nur die §§ 187 ff. BGB gelten - der Staatsbürger benachteiligt, der diese Form der Einlegung wählt und die Widerspruchsfrist deshalb nicht voll ausnützen kann, weil ihr Ende auf den dienstfreien Samstag, einen Sonntag oder gesetzlichen Feiertag fällt. Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, der in § 23 Abs. 1 für die Fristberechnung die Analogie zu §§ 187 ff. BGB bestimmt, trägt in § 23 Abs. 3 diesem Umstand Rechnung und läßt eine Frist, deren Ende auf einen Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder Samstag fallen würde, erst mit Ablauf des folgenden Werktags enden.
Es bestehen daher keine Bedenken, § 57 Abs. 2 VwGO auch auf die Berechnung der Widerspruchsfrist anzuwenden. Damit kommt § 222 Abs. 2 ZPO, der speziell auf fristgebundene Rechtsmittel und Rechtsbehelfe abgestellt ist, auch für die Berechnung der Widerspruchsfrist in Anwendung.

§ 7 Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Die Wiedereinsetzung muß regelmäßig vom Säumigen ausdrücklich beantragt werden (§ 60 Abs. 1 und 2 VwGO). Ein Antrag ist jedoch entbehrlich, wenn innerhalb der Antragsfrist die versäumte Rechtshandlung nachgeholt worden ist (§ 60 Abs. 2 Satz 4 VwGO)[1].

---

70) § 222 Abs. 2 ZPO i.d.F. v. 10.8.1965.
71) BVerwG v. 13.2.62 - DÖV 1962, 317 (Nachtbriefkasten!).

1) Vgl. zu diesem Ausnahmefall § 8, S. 68 ff.

I. Die Antragsberechtigung - Beschwer

Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung eines jeden Rechtsbehelfs ist eine Beschwer[2] des Rechtsbehelfsführers. Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist daher als Rechtsbehelf[3] nur zulässig, wenn der Antragsteller infolge der Fristversäumung beschwert ist[4]. Die Beschwer als Erscheinungsform des Rechtsschutzbedürfnisses liegt bei Versäumung einer Rechtsbehelfsfrist ganz einfach darin, daß der befristete Rechtsbehelf wegen der Fristversäumung nicht mehr zulässig eingelegt werden kann[5]. Dagegen ist bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Gegensatz zur Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zu untersuchen, ob der innerhalb der gesetzten Frist unterlassene Rechtsbehelf sachlich von Erfolg sein kann.

Die Berechtigung, einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Widerspruchsfrist zu stellen, ist also von der Widerspruchsberechtigung abhängig. Die Verwaltungsgerichtsordnung regelt die Frage, wer gegen einen Verwaltungsakt oder den einen Antrag auf Erlaß eines Verwaltungsakts ablehnenden Bescheid Widerspruch einlegen darf, nicht ausdrücklich. Aus § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist aber zu entnehmen, daß nur einem "Beschwerten" dieser Rechtsbehelf zusteht, obwohl diese Bestimmung nicht eigentlich die Befugnis zur Einlegung des Widerspruchs regelt. Allerdings ist damit noch nicht geklärt, wie diese Beschwer geartet sein muß, ob eine Verletzung "in seinen Rechten" (§ 42 Abs. 2 VwGO) nötig ist, eine

---

2) Vgl. hierzu BAUR, Zur "Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in: Festschrift für Lent, S. 1 (6 f.).

3) Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist ein Rechtsbehelf, vgl. hierzu § 5, S. 35 ff.

4) Vgl. § 43 Abs. 1 PatG: "Wer ... verhindert worden ist, ... eine Frist einzuhalten, deren Versäumung nach gesetzlicher Vorschrift einen Rechtsnachteil zur Folge hat, ..." BRÜGELMANN-MEYER, § 153 BBauG Bem. III 2; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 4 a; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, § 233 ZPO Anm. I 2. Vgl. auch § 71 Abs. 1 öAVG "durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet".

5) Grundsatz des § 230 ZPO.

Rechtsbeeinträchtigung[6] vorliegen muß oder eine bloße Interessenbeeinträchtigung genügt. Entsprechend der Funktion des Vorverfahrens als eines Filters für den Verwaltungsrechtsweg[7] besteht die Neigung, als widerspruchsbefugt nur denjenigen anzusehen, der - unterstellt, daß seinem Widerspruchsbegehren nicht in vollem Umfange entsprochen wurde - in einem Anfechtungs- oder Verpflichtungsprozeß klagebefugt wäre[8].
Richtig ist, daß die Zahl der Widerspruchsberechtigten nicht kleiner sein kann als die der Klageberechtigten. Da das Vorverfahren aber darüberhinaus dem Interesse der Verwaltung und dem Schutz des betroffenen Staatsbürgers dient, verfolgt es auch einen von einer künftigen Klage unabhängigen Zweck. Es ist deshalb falsch, den Kreis der Widerspruchsberechtigten von der Klagebefugnis her zu bestimmen; er kann durchaus größer sein[9].
Die Gleichstellung von Widerspruchsberechtigung und Klagebefugnis ist bereits deshalb unzutreffend, weil sich der Prüfungsumfang im Vorverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht decken. Das Gericht hat administrative Ermessensakte nur auf ihre Rechtmäßigkeit zu untersuchen und ist deshalb mit seiner Prüfungsbefugnis auf Ermessensfehlgebrauch beschränkt (§ 114 VwGO). Im Vorverfahren ist dagegen die Handhabung des Ermessens im vollen Umfange nachzuprüfen[10].

---

6) Die Terminologie ist nicht einheitlich. In Anlehnung an BETTERMANN, Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 449 (461) wird der Begriff Rechtsverletzung im Sinne einer rechtswidrigen Rechtsbeeinträchtigung gebraucht.

7) Vgl. zum Sinn und Zweck des Vorverfahrens § 1 I, S. 2.

8) KLINGER, § 69 VwGO Anm. ; SCHUNCK-DE CLERCK, §§ 69, 70 VwGO Erl. 2, wohl auch REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 4; WEIDES, Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlichrechtlichen Arbeit, JuS 1964, 450.
So auch § 11 BremVwVG: "Der Widerspruch steht demjenigen zu, der geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein".

9) So BETTERMANN, (Fn. 6), S. 463; ähnlich LÖWER, Widerspruchsbefugnis und Zweckmäßigkeitsnachprüfung im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren, MDR 1965, 92 (93).

10) § 68 VwGO: "... sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes in einem Vorverfahren nachzuprüfen".

Der Widerspruchsführer kann daher die bloße Unzweckmäßigkeit eines rechtmäßigen Verwaltungsakts rügen und einen anderen gleichfalls rechtmäßigen Ermessensgebrauch begehren[11].
Auch bei gebundenen Entscheidungen der Verwaltung ist der Prüfungsradius im Vorverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht völlig gleich. Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen sind nur begründet, wenn der Verwaltungsakt bzw. die Ablehnung und Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 und 4 VwGO). Das Verwaltungsgericht hat daher ein Doppeltes zu prüfen, die Rechtswidrigkeit der administrativen Entscheidung und eine den Kläger treffende Rechtsbeeinträchtigung. Im Vorverfahren ist dagegen, soweit es sich nicht um Ermessensentscheidungen handelt, n u r die Rechtmäßigkeit unter die Lupe zu nehmen. Erweist sich der angefochtene Verwaltungsakt als rechtswidrig, so ist er aufzuheben oder abzuändern. Die Korrekturpflicht der Verwaltung wird nicht erst aktiviert, wenn von dem beanstandeten Akt eine Rechtsverletzung des Widerspruchsführers ausgeht.
Da das Vorverfahren nicht nur dem Staatsbürger Rechtsschutz bietet, sondern auch im Interesse der Verwaltung dem gerichtlichen Verfahren vorgeschaltet ist, ist es logisch keineswegs zwingend, einen Widerspruch nur zuzulassen, wenn der Widerspruchsführer in substantiierter Form eine eigene Rechtsverletzung behauptet. Durch die Notwendigkeit einer Beschwer soll nur die Möglichkeit von Popularwidersprüchen ausgeschaltet werden. Diese Gefahr ist bereits gebannt, wenn ein Staatsbürger die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts beanstandet, der seine berechtigten Interessen berührt. Die Verwaltung ist doch selbst daran interessiert, auf ihre unsachgerechten Entscheidungen aufmerksam gemacht zu werden. Es genügt daher im Vorverfahren zur Erhebung des Widerspruchs die Beschwer in ihrer geringsten Form, der Interessenbeeinträchtigung.

Abgesehen von dem Fall, daß der Betreffende zur Vornahme der "versäumten" Rechtshandlung gar nicht befugt ist, fehlt die

---

11) So auch LÖWER, (Fn. 9), S. 94.

Beschwer für einen Wiedereinsetzungsantrag auch, wenn die versäumte Rechtshandlung inzwischen verfahrensmäßig überholt ist und aus der Fristversäumung kein Nachteil erwachsen ist. Wenn die Verwaltungsbehörde einem verspätet erhobenen Widerspruch in vollem Umfange abgeholfen hat, hat der Widerspruchsführer kein Recht auf Wiedereinsetzung. Dagegen ist ein fristgerechter Widerspruch nicht deshalb überflüssig, weil die Sache bereits bei Gericht anhängig ist, da ein fristgerechter Widerspruch Sachurteilsvoraussetzung ist.

II. Die Form des Wiedereinsetzungsantrags

Im Gegensatz zu § 236 ZPO enthält § 60 VwGO keine Formvorschriften für den Antrag. Man könnte daher vermuten, daß der Antrag formlos gestellt werden kann. Andererseits wäre dies bei einem befristeten Antrag, der begründet werden muß und eine Glaubhaftmachung enthalten kann (§ 60 Abs. 2 VwGO), recht ungewöhnlich. Eigentlich ergibt sich die Notwendigkeit eines förmlichen Antrags bereits aus der Tatsache, daß der fristgerechte Eingang des Wiedereinsetzungsantrags sicher überwacht werden muß. Der Wiedereinsetzungsantrag, der "sachlich nur die Entschuldigung für die verspätete Vornahme"[12] ist, muß als "Ergänzung"[13] der versäumten Rechtshandlung in derselben Form wie diese erhoben werden[14].

Der Antrag auf Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist muß daher wie der Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde gestellt werden, die den Verwaltungsakt erlassen hat, gegen den sich der verspätete Widerspruch richtet (§ 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Frist für den Wiedereinsetzungsantrag wird - wie die Widerspruchsfrist - auch gewahrt, wenn der Antrag rechtzeitig und formgerecht bei

---

12) STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, § 236 ZPO Anm. I.

13) WIECZOREK, § 236 ZPO Anm. A II b.

14) H.M.; EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 18; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. XI 5; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 16; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 3 a; ULE, § 60 VwGO Anm. II, S. 225; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 4 b; HEITZER-OESTREICHER, § 153 BBauG Anm. 1 e;
a.A. BRÜGELMANN-MEYER, § 153 BBauG Bem. III 1 a.

der Widerspruchsbehörde eingelegt wird (§ 70 Abs. 1 Satz 2 VwGO).
Beim Verwaltungsgericht kann der Antrag auf Wiedereinsetzung ebenfalls gestellt werden, jedoch nur in den Fällen, in denen das Gericht zur Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist zuständig ist[15]. Regelmäßig wird ein Antrag nicht erforderlich sein, weil das Gericht zu dieser Entscheidung nur befugt ist, wenn die Widerspruchsbehörde den Wiedereinsetzungsantrag nicht beschieden oder die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung ohne Antrag (§ 60 Abs. 2 Satz 4 VwGO) nicht geprüft hat.

III. Der Inhalt des Wiedereinsetzungsantrags

An den Inhalt des Wiedereinsetzungsantrags werden keine besonderen Anforderungen gestellt. Ein ausdrücklicher Wiedereinsetzungsantrag ist nicht notwendig; es genügt, daß der Wunsch nach Wiedereinsetzung deutlich zum Ausdruck kommt. Ein stillschweigender Antrag liegt z.B. in der Nachholung des versäumten Widerspruchs, wenn gleichzeitig die Umstände der verspäteten Vornahme erklärt werden. Wird aber der Widerspruch verspätet erhoben und eine Fristversäumung geleugnet, so kann darin kein Wiedereinsetzungsantrag gesehen werden. In der bloßen Nachholung des Widerspruchs ist kein Wiedereinsetzungsantrag enthalten, jedoch gestattet § 60 Abs. 2 Satz 4 VwGO in diesem Falle auch eine Wiedereinsetzung ohne Antrag[16].
Aus § 60 Abs. 2 Satz 2 VwGO ergibt sich, daß der Wiedereinsetzungsantrag eine B e g r ü n d u n g enthalten muß[17]. Es ist daher im Antrag, spätestens innerhalb der Antragsfrist, zu erklären, warum der Widerspruch nicht rechtzeitig erhoben werden konnte. Der Antragsteller hat die Tatsachen vorzubringen,

---

15) Vgl. zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts § 13, S. 109 ff.
16) Vgl. hierzu § 8, S. 68 ff.
17) OVG Münster v. 4.2.59 - MDR 1959, 520. Die Entscheidung ist jedoch im übrigen für § 60 VwGO unzutreffend, soweit sie auch die Glaubhaftmachung innerhalb der Antragsfrist fordert.

die zur Fristversäumung geführt haben und darzulegen, daß ihn an der Versäumung keine Schuld trifft. Nach Ablauf der zweiwöchigen Antragsfrist ist ein Nachschieben von Wiedereinsetzungsgründen nicht mehr zulässig, sondern nur mehr eine Ergänzung und Vervollständigung tatsächlicher Angaben[18]. Wiedereinsetzungsgründe, die erst nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist vorgebracht werden, dürfen nicht berücksichtigt werden. Der Wiedereinsetzungsantrag kann noch die Glaubhaftmachung der den Antrag begründenden Tatsachen enthalten, sie muß aber nicht zwingend bereits bei der Antragstellung erfolgen, sondern spätestens im Verfahren über den Wiedereinsetzungsantrag (§ 60 Abs. 2 Satz 2 VwGO). Auch die Mittel für die Glaubhaftmachung müssen im Antrag nicht angegeben werden[19].

IV. Die Fristen für den Wiedereinsetzungsantrag

1. Zwei-Wochen-Frist

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muß innerhalb von zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses gestellt werden (§ 60 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Antragsfrist beträgt immer zwei Wochen, auch wenn die versäumte Frist - wie hier die Widerspruchsfrist - länger war.

a) Beginn der Frist

Die Zwei-Wochen-Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung beginnt mit dem tatsächlichen Wegfall des Hindernisses[20], das der fristgerechten Einlegung des Widerspruchs im Wege stand. Ob das Hindernis früher hätte beseitigt werden können, ist unerheblich. Da Wiedereinsetzung nur bei unverschuldeter Fristversäumung gewährt wird, steht es dem Wegfall des Hindernisses gleich, wenn das unverschuldete Hindernis zu einem verschuldeten wird[21], d.h. wenn sein Weiterbestehen nicht mehr als un-

---

18) BVerwG v. 8.4.63 - NJW 1963, 2042 (2043).

19) Anders § 236 Ziff. 2 ZPO.

20) OGHBZ v. 3.10.49 - NJW 1949, 861.

21) BGH v. 31.1.52 - BGHZ 4, 389 (396);
PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 4 d aa;
EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 21.

verschuldet angesehen werden kann. Besteht das Hindernis in einer Unkenntnis, z.B. der Betroffene weiß nicht, daß die Widerspruchsfrist bereits begonnen hat oder gar abgelaufen ist, oder in einem Irrtum, so ist das Hindernis mit der entsprechenden Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis des Umstandes bzw. durch Aufklärung oder Erkennenmüssen des Irrtums behoben[22].

Der Antrag auf Wiedereinsetzung kann noch gestellt werden, wenn der versäumte Rechtsbehelf, hier also der Widerspruch, wegen der Verspätung bereits als unzulässig verworfen worden ist, soweit das Hindernis erst danach weggefallen ist und die Fristversäumung sich nachträglich als entschuldbar herausstellt[23].

Das Hindernis muß für die Versäumung der Widerspruchsfrist kausal gewesen sein. Dazu ist nicht nötig, daß das Hindernis während der gesamten Dauer der Widerspruchsfrist bestanden hat. Sogar ein erst am letzten Tag der Widerspruchsfrist eintretendes hinderndes Ereignis kann das Recht auf Wiedereinsetzung begründen, da der Betroffene die ihm für eine Rechtshandlung gesetzte Frist voll ausnützen darf. Daß die Erhebung des Widerspruchs am Anfang der Frist ohne Schwierigkeiten möglich gewesen wäre, ist ohne Bedeutung. Fällt das Hindernis innerhalb der Widerspruchsfrist weg, aber mehr als zwei Wochen vor Fristende, so gilt allein die gesetzliche Frist; ein Wiedereinsetzungsgrund ist nicht gegeben[24]. Zwar läuft nicht - wie EYERMANN-FRÖHLER[25] meinen - ab Beseitigung des Hindernisses die Zwei-Wochen-Frist für den Wiedereinsetzungsantrag; die Antragsfrist kann erst zu laufen beginnen, wenn die Widerspruchs-

---

22) THOMAS-PUTZO, § 235 ZPO Anm. 2 b;
BaWüVGH v. 22.9.65 - BaWüVBl. 1966, 79.
So auch WURST, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im allgemeinen Verwaltungsverfahren, JurBl. 1962, 366 (369); HELLBLING, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, Bd. I, zu § 71 AVG, S. 475.

23) BVerwG v. 3.3.54 - MDR 1954, 525;
BVerwG v. 14.3.57 - NJW 1957, 804;
BVerwG v. 3.1.61 - VerwRspr. 14, 635 (636).

24) REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 14; im Ergebnis ebenso EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 6 und 22.

25) EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 22.

frist tatsächlich versäumt worden ist. Die Fristversäumung ist jedoch nicht unverschuldet, wenn dem Betroffenen noch über zwei Wochen zur Erhebung des Widerspruchs zur Verfügung gestanden sind.
Da § 60 Abs. 2 Satz 3 VwGO die Nachholung der versäumten Rechtshandlung binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hinderungsgrundes verlangt, ist deutlich, daß mit einer Zwei-Wochen-Frist auf alle Fälle auszukommen ist. Wenn das Hindernis in den letzten zwei Wochen der Widerspruchsfrist entfallen ist, so ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, ob die Widerspruchsfrist ohne Verschulden nicht eingehalten werden konnte. In der Regel wird eine Wiedereinsetzungsberechtigung erst gegeben sein, wenn das Hindernis kurz vor Fristende beseitigt wird.

Da der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein Rechtsbehelf ist[26], muß geklärt werden, ob § 58 VwGO Anwendung findet, also die zweiwöchige Antragsfrist nur zu laufen beginnt, wenn der Betroffene über die Möglichkeit und Voraussetzungen der Wiedereinsetzung schriftlich belehrt worden ist.
Eine Belehrung darüber, daß bei unverschuldeter Versäumung der Widerspruchsfrist Wiedereinsetzung beantragt werden kann, ist nicht erforderlich[27]. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist nach § 58 Abs. 1 VwGO nur nötig über Rechtsbehelfe, die u n m i t t e l b a r gegen eine Entscheidung gegeben sind und deren vollständige sachliche Überprüfung ermöglichen[28].
Es ist dagegen nicht erforderlich, daß der Betroffene auch darüber unterrichtet wird, welche Maßnahmen und Möglichkeiten ihm offenstehen, um die Unanfechtbarkeit einer Entscheidung zu

---

26) Vgl. hierzu § 5, S. 35 ff.

27) H.M.; EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 21;
KLINGER, § 58 VwGO Anm. C 1 a; KOEHLER, § 58 VwGO Anm. II 6;
REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 13; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 3 a;
OVG Münster v. 17.12.53 - AS 8, 123 (126);
HessVGH v. 18.12.58 - VerwRspr. 11, 745 (749);
BVerwG v. 20.4.61 - BayVBl. 1961, 279 (280);
a.A., HessVGH v. 12.10.51 - VerwRspr. 4, 787.

28) EYERMANN-FRÖHLER, § 58 VwGO Rn. 7.

verhindern, wenn er es versäumt, von dem Rechtsbehelf Gebrauch zu machen[29]. Über außerordentliche Rechtsbehelfe, die nicht generell gegeben sind und vom Eintritt besonderer Ereignisse abhängig sind, muß nicht belehrt werden[30]. Die nach § 58 Abs. 1 VwGO notwendige Rechtsbehelfsbelehrung knüpft immer an eine verwaltungsbehördliche oder gerichtliche Entscheidung an[31]. Sie muß vor allem über den Beginn der Rechtsbehelfsfrist informieren, der in der Regel von der Behörde oder dem Gericht durch Bekanntgabe oder Zustellung der Entscheidung gesetzt wird. Der Fristbeginn für den Wiedereinsetzungsantrag tritt aber mit Wegfall des Hindernisses ein, hängt also von einem in der Person des Säumigen eintretenden Ereignis ab, so daß eine einwandfreie Belehrung über den Beginn der Antragsfrist gar nicht möglich ist.

Es ist jedoch ein nobile officium der Widerspruchsbehörde, einen säumigen Widerspruchsführer darauf aufmerksam zu machen[32], daß ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt werden kann, soweit die Wiedereinsetzung nicht bereits ohne Antrag möglich ist.

b) Versäumung der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag

Die zweiwöchige Frist für den Wiedereinsetzungsantrag ist eine gesetzliche Frist, gegen ihre unverschuldete Versäumung ist daher gleichfalls Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig[33]. Für die Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO gilt im Gegen-

---

29) HessVGH v. 18.12.58 - VerwRspr. 11, 745 (749).

30) REDEKER-VON OERTZEN, § 58 VwGO Anm. 3; KOEHLER, § 58 VwGO Anm. II 6.

31) OVG Münster v. 4.12.51 - VerwRspr. 4, 787 (788).

32) KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 1.

33) H.M.; EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 23; KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 1; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. V 5; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 14; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 3 a; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 4 d aa; MELLWITZ, § 67 SGG Anm. 5; SCHRAFT, § 67 SGG Rn. 1;
a.A. ROHWER-KAHLMANN, § 67 SGG Rn. 7 "das verbietet sich aus der Natur der Sache".
BVerwG v. 27.1.64 - DÖV 1964, 567 (nur Leitsatz) läßt dies dahingestellt.

satz zur Wiedereinsetzung gemäß §§ 233 ff. ZPO[34] der Grundsatz restitutio restitutionis datur. Hätte diese Rechtsfolge ausgeschlossen werden sollen, hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit der Wiedereinsetzung bei Versäumung der Antragsfrist ausdrücklich verbieten müssen.
Die Wiedereinsetzung ist nicht nur zulässig zur Nachholung des Wiedereinsetzungsantrags sondern auch, wenn der Antragsteller nach Stellung des Wiedereinsetzungsantrags durch ein erst während der Wiedereinsetzungsfrist eintretendes neues Ereignis ohne Verschulden gehindert war, den versäumten Widerspruch rechtzeitig nachzuholen (§ 60 Abs. 2 Satz 3 VwGO).

2. Jahresfrist

Der Wiedereinsetzungsantrag ist nur zulässig innerhalb eines Jahres seit dem Ende der versäumten Frist, abgesehen von dem Ausnahmefall, daß der Antrag vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt nicht gestellt werden konnte (§ 60 Abs. 3 VwGO).

a) Beginn der Frist

Die Jahresfrist beginnt mit dem Ende der versäumten Frist. Versäumte Frist im Sinne des § 60 Abs. 3 VwGO ist n u r die normale Widerspruchsfrist von einem Monat gemäß § 70 Abs. 1 VwGO und nicht die Jahresfrist nach § 58 Abs. 2 VwGO. Die Jahresfrist des § 60 Abs. 3 VwGO beginnt daher mit dem Ablauf der Widerspruchsfrist, also einen Monat, nachdem der Verwaltungsakt, verbunden mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung, dem Betroffenen bekanntgegeben wurde. Ist der Verwaltungsakt mehreren Betroffenen zu verschiedenen Zeitpunkten bekanntgegeben worden, so endet die Jahresfrist für jeden Widerspruchsberechtigten zu einem anderen Zeitpunkt. Wenn die Widerspruchsfrist wegen unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung nicht in Lauf gesetzt worden ist, so kommt eine Wiedereinsetzung überhaupt

---

34) Bei Versäumung der Antragsfrist nach § 234 Abs. 1 ZPO ist die Wiedereinsetzung unzulässig, da sie keine Notfrist ist (§ 233 Abs. 1 i.V.m. § 223 Abs. 3 ZPO), vgl. BGH v. 24.9.52 - BGHZ 7, 194 (196). Eine bezugnahme auf diese BGH-Entscheidung ist für § 60 VwGO falsch, da die VwGO keine Notfristen kennt.

nicht in Betracht. Vielmehr gilt für die Erhebung des Widerspruchs die Frist nach § 58 Abs. 2 VwGO.

b) Überschreitung der Jahresfrist bei Vorliegen höherer Gewalt unschädlich

Konnte die Wiedereinsetzung vor Ende der Jahresfrist infolge h ö h e r e r G e w a l t nicht beantragt werden, so ist der Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist auch nach Ablauf der Jahresfrist zulässig (§ 60 Abs. 3 zweiter Halbsatz VwGO). Hier handelt es sich nicht um eine Wiedereinsetzung ex lege[35]; auch die Bezeichnung "automatische Fristverlängerung"[36] erscheint nicht ganz glücklich. Die Jahresfrist verliert beim Vorliegen von höherer Gewalt einfach ihre Ausschlußfunktion.

Höhere Gewalt wird hier im subjektiven Sinne verstanden als ein außergewöhnliches Ereignis, das unter den gegebenen Umständen auch durch äußerste nach Lage der Sache vom Betroffenen zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden kann[37]. Der Maßstab ist sehr streng. Bereits geringes eigenes Verschulden schließt höhere Gewalt aus. Der Begriff der höheren Gewalt deckt sich mit dem Begriff "Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle" in § 233 Abs. 1 ZPO[38], so daß insoweit die Rechtsprechung der Zivilgerichte herangezogen werden kann.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung muß innerhalb von zwei Wochen

---

35) So KLINGER, § 60 VwGO Anm. D; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. XII 2.

36) So BETTERMANN, Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrags, NJW 1960, 1081 (1082) für den vergleichbaren Fall der Jahresfrist gemäß § 76 VwGO.

37) RG v. 13.12.20 - RGZ 101, 94 (95);
RG v. 3.11.38 - RGZ 158, 357 (361);
BGH v. 18.1.52 - NJW 1952, 425;
OVG Koblenz v. 30.4.57 - AS 6, 112 (117);
EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 24; KOEHLER, § 58 VwGO Anm. IV 4; KLINGER, § 58 VwGO Anm. G a; REDEKER-VON OERTZEN § 60 VwGO Anm. 19.

38) RG v. 3.11.38 - RGZ 158, 357 (361);
STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, § 233 ZPO Anm. II 1 a;
WIECZOREK, § 233 ZPO Anm. B II a.

nach Wegfall des Hindernisses, also dem Fortfall der höheren Gewalt, gestellt werden (§ 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO)[39]. Was den Fristbeginn für den Wiedereinsetzungsantrag, die Glaubhaftmachung des Wiedereinsetzungsgrundes und die Nachholung der versäumten Rechtshandlung betrifft, so vermissen SCHUNCK-DE CLERCK[40] zu Unrecht, daß § 60 Abs. 3 VwGO - im Gegensatz zu § 58 Abs. 2 VwGO - nicht ausdrücklich die analoge Anwendung von § 60 Abs. 2 VwGO vorsieht. Diese Voraussetzungen müssen bei einer Wiedereinsetzung immer gegeben sein und folgen aus der direkten Anwendung des § 60 Abs. 2 VwGO. Notwendig ist die entsprechende Anwendung von § 60 Abs. 2 Satz 3 VwGO nur insoweit, als auch der Hinderungsgrund der höheren Gewalt glaubhaft gemacht werden muß. Mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung oder spätestens im Wiedereinsetzungsverfahren ist daher glaubhaft zu machen, daß die Widerspruchsfrist ohne Verschulden versäumt worden ist und die Jahresfrist infolge höherer Gewalt nicht eingehalten werden konnte.

Die höhere Gewalt muß für die Überschreitung der Jahresfrist kausal gewesen sein. Sie muß daher mindestens in den ersten zwei Wochen nach dem unverschuldet ungenützten Ablauf der Widerspruchsfrist aufgetreten sein und das ganze Jahr über ohne Unterbrechung angehalten haben oder darf höchstens nicht ganz zwei Wochen unterbrochen gewesen sein. Hört die höhere Gewalt innerhalb der Jahresfrist auf, so beginnt mit ihrem Fortfall die Zwei-Wochen-Frist für den Wiedereinsetzungsantrag und die Nachholung des Widerspruchs.

c) Gegen die schuldlose Versäumung der Jahresfrist keine Wiedereinsetzung möglich

Ist der Wiedereinsetzungsantrag innerhalb der Jahresfrist nicht infolge höherer Gewalt, sondern lediglich ohne Verschulden unterblieben, so ist der Wiedereinsetzungsantrag endgültig unzulässig. Eine Wiedereinsetzung gegen die schuldlose Versäumung

---

39) KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 1; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 19; EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 24.

40) SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 3 e.

der Jahresfrist ist nicht möglich[41]. Dies ergibt sich eindeutig aus dem § 60 Abs. 3 VwGO, wonach beim Vorliegen von höherer Gewalt die Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist noch beantragt werden kann, wenn die höhere Gewalt erst nach Ablauf der Jahresfrist wegfällt. Diese Sonderregelung wäre absolut überflüssig, wenn wegen unverschuldeter Nichteinhaltung der Jahresfrist Wiedereinsetzung zulässig wäre. Beim Vorliegen von höherer Gewalt wäre der Betroffene immer ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert.

§ 8 Die Nachholung der versäumten Rechtshandlung

I. Im allgemeinen

Innerhalb der Antragsfrist für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muß die versäumte Rechtshandlung, hier also der Widerspruch, nachgeholt werden (§ 60 Abs. 2 Satz 3 VwGO)[1].
Die Nachholung der versäumten Rechtshandlung ist Zulässigkeitsvoraussetzung für den Antrag auf Wiedereinsetzung[2]. Wird der Widerspruch nicht binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses erhoben, so muß der Wiedereinsetzungsantrag als unzulässig zurückgewiesen werden.
Der Widerspruch muß jedoch nicht notwendig uno actu "mit dem Antrag"[3] auf Wiedereinsetzung eingelegt werden. Es muß auch

---

41) EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 24; MELLWITZ, § 67 SGG Rn. 7; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 4 d bb.

1) Hier wird deutlich, daß der Wiedereinsetzungsantrag akzessorischer Natur ist, so auch BUDER, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 2.

2) BayVGH v. 5.9.63 - VerwRspr. 16, 245 (246);
BSG v. 8.4.57 - NJW 1957, 1007;
EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 20; wohl auch KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 1; SCHRAFT, § 67 SGG Rn. 6.

3) So noch § 33 Abs. 1 Satz 2 VVG, § 22 Abs. 1 Satz 2 BVerwGG. In § 236 Satz 2 Ziff. 3 ZPO wird die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung als Bestandteil des Wiedereinsetzungsantrags behandelt. Es genügt aber auch hier, wenn Wiedereinsetzungsantrag und versäumte Prozeßhandlung am Schluß der Wiedereinsetzungsfrist vorliegen; es muß nicht beides gleichzeitig vorgenommen werden; vgl. STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, § 236 ZPO Anm. III 3 c; WIECZOREK, § 236 ZPO Anm.A I a.

bei der Stellung des Wiedereinsetzungsantrags und der Erhebung des Widerspruchs keine bestimmte Reihenfolge eingehalten werden, es muß nur beides innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist geschehen. Für die Nachholung der versäumten Rechtshandlung gilt immer die Antragsfrist von zwei Wochen, gleichgültig ob die versäumte Frist kürzer oder länger war.

Die zwingende Notwendigkeit, daß die versäumte Rechtshandlung vor der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt sein muß, erklärt sich aus der Wirkung der Wiedereinsetzung. Durch die Wiedereinsetzung wird dem Säumigen keine neue Frist zur Vornahme der Rechtshandlung eröffnet, sondern bei fehlendem Verschulden die verspätete Einlegung als unbeachtlich behandelt[4]. Ohne Nachholung der versäumten Rechtshandlung ginge die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ins Leere. Daher ist jedermann gezwungen, die Rechtshandlung vorzunehmen, selbst auf die Gefahr hin, daß die Wiedereinsetzung versagt und die nachgeholte Handlung als verspätet zurückgewiesen wird.

Ob die Rechtshandlung wirksam nachgeholt werden muß, ist dem Wortlaut des § 60 Abs. 2 Satz 3 VwGO nicht einwandfrei zu entnehmen. Im Interesse des Säumigen ist zu empfehlen, daß er die Rechtshandlung formgerecht nachholt[5], damit deren Zulässigkeit nur mehr von der Gewährung der Wiedereinsetzung abhängt. Der Widerspruch ist daher gemäß § 70 Abs. 1 VwGO schriftlich oder zur Niederschrift bei der Erlaßbehörde zu erheben. Die Zwei-Wochen-Frist zur Nachholung des Widerspruchs (§ 60 Abs. 2 Satz 3 VwGO) wird auch durch Einlegung bei der Widerspruchsbehörde gewahrt (§ 70 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Wenn der nachgeholten Rechtshandlung ein irreparabler Mangel anhaftet, der ohnehin die Zurückweisung als unzulässig erforderlich macht, so fehlt das Rechtsschutzinteresse für eine Wiedereinsetzung. Der Betroffene ist dann nicht mehr durch die Frist-

---

4) Vgl. zur Wirkung der Wiedereinsetzung § 21, S. 157 ff.

5) Nach PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 5 muß die Rechtshandlung formgerecht und mit vorgeschriebenem Inhalt nachgeholt werden. Jedoch ist nicht deutlich, ob dies als Zulässigkeitsvoraussetzung für den Wiedereinsetzungsantrag gilt. Ebenso WIECZOREK, § 236 ZPO Anm. A II; BAUMBACH-LAUTERBACH, § 233 ZPO Anm. 1; KELLER, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 29.

versäumung beschwert, sondern durch die nicht ordnungsgemäße Vornahme der Rechtshandlung. In einem solchen Falle müssen der Antrag auf Wiedereinsetzung und der nachgeholte Rechtsbehelf als unzulässig zurückgewiesen werden.
Wird der Widerspruch überhaupt nicht nachgeholt oder nicht innerhalb der Antragsfrist[6], so muß der Wiedereinsetzungsantrag als unzulässig zurückgewiesen werden.

II. Ersetzung des Wiedereinsetzungsantrags

Wenn die versäumte Rechtshandlung nachgeholt ist, "so kann die Wiedereinsetzung auch ohne Antrag gewährt werden" (§ 60 Abs. 2 Satz 4 VwGO). Gedacht ist wohl an den Fall, daß die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung aktenkundig oder sonst glaubhaft sind. Hier soll die Wiedereinsetzung ohne besondere Umstände und Förmlichkeiten gewährt werden können.
Gewöhnlich wird in der rechtzeitigen Nachholung der versäumten Rechtshandlung ein stillschweigender Wiedereinsetzungsantrag gesehen[7] oder ein Antrag unterstellt[8]. Derartige Konstruktionen sind nach dem Wortlaut des § 60 Abs. 2 Satz 4 VwGO überflüssig[9]. Die Annahme eines stillschweigenden Wiedereinsetzungsantrags ist auch nicht generell möglich, da die Wiedereinsetzung auch gewährt werden kann, wenn der Widerspruchsführer von der Fristversäumung gar keine Kenntnis hat, wie z.B. bei rechtzeitiger Absendung und unerwartet verzögerter Postzustellung des Widerspruchs. Auch die Bezeichnung Wiedereinsetzung von Amts wegen[10] erscheint ebenfalls nicht völlig zutreffend. Es handelt sich nicht um ein Offizialverfahren in Reinkultur. Es ist zwar ein Verfahren ohne (Wiedereinsetzungs-)Antrag, aber es wird immer-

---

6) Gegen die Versäumung der Antragsfrist ist Wiedereinsetzung möglich und zwar auch für die Nachholung der versäumten Rechtshandlung, vgl. § 7 IV 1 b, S. 65.

7) EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 20; HEITZER-OESTREICHER, § 153 BBauG Anm. 2 c.

8) KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 1.

9) REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 18; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 3 d.

10) So REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 18.

hin eine Parteiinitiative in Form der Nachholung der versäumten Rechtshandlung vorausgesetzt.

Wenn § 60 Abs. 2 Satz 4 VwGO bestimmt, daß die Wiedereinsetzung gewährt werden "kann", so bedeutet dieser Ausdruck entgegen der üblichen Gesetzesterminologie[11] nicht die Einräumung eines Ermessensspielraums[12]. Der Säumige hat einen Anspruch auf Wiedereinsetzung, wenn er die gesetzlich geforderten Voraussetzungen erfüllt[13]; sie i s t ihm z u g e w ä h r e n , wie § 60 Abs. 1 VwGO deutlich festlegt.

Wenn die Wiedereinsetzung "ohne Antrag" gewährt werden "kann", nachdem die versäumte Rechtshandlung nachgeholt ist, so besagt dies nur, daß von dem grundsätzlichen Antragserfordernis des § 60 Abs. 1 VwGO und der Begründung des Antrags (§ 60 Abs. 2 Satz 2 VwGO) abgesehen werden darf. Auf alle übrigen Voraussetzungen wird nicht verzichtet und ihr Vorliegen muß von Amts wegen geprüft werden. Die Wiedereinsetzung darf auch hier nur gewährt werden, wenn die Widerspruchsfrist ohne Verschulden nicht eingehalten werden konnte (§ 60 Abs. 1 VwGO), der versäumte Widerspruch innerhalb der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt worden ist und § 60 Abs. 3 VwGO nicht entgegensteht. Die Ausschlußfrist des § 60 Abs. 3 VwGO gilt auch für den Fall, daß die Wiedereinsetzung ohne Antrag gewährt wird. Die Nachholung der versäumten Rechtshandlung kann nur den Antrag ersetzen; auf keinen Fall können die Möglichkeiten der Wiedereinsetzung erweitert werden.

Wenn die Wiedereinsetzung ohne Antrag gewährt werden kann, so heißt dies nicht, daß auch auf die Glaubhaftmachung verzichtet werden darf[14]. Wenn ein Wiedereinsetzungsantrag nicht nötig ist, so kann natürlich auch keine Glaubhaftmachung bei der Antragstellung erfolgen. Im Regelfall der Wiedereinsetzung ohne An-

---

11) Meist wird ein Ermessen mit der Redewendung "kann" eingeräumt, vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 31 II c 2, S. 152.

12) KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 1; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 3 d; wohl auch EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 20.

13) KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 3; EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 18; DAPPRICH, Das sozialgerichtliche Verfahren, S. 82.

14) A.A. SCHRAFT, § 67 SGG Anm. 6.

trag sind die Tatsachen ohnehin glaubhaft. Soweit ein Wiedereinsetzungsgrund zwar unwahrscheinlich, jedoch nicht sicher ausgeschlossen ist, muß im Wiedereinsetzungsverfahren eine Glaubhaftmachung verlangt werden. Es darf nicht einfach die Wiedereinsetzung versagt oder, ohne nähere Prüfung einer Wiedereinsetzungsmöglichkeit, der Widerspruch als unzulässig zurückgewiesen werden.
Die Wiedereinsetzung kann ohne Antrag g e w ä h r t werden, jedoch nicht ohne weiteres verweigert werden[15], wenn ein Wiedereinsetzungsgrund nicht von vorneherein glaubhaft ist. Hier muß dem Säumigen vorher Gelegenheit gegeben werden, zu den Ursachen der Verspätung Stellung zu nehmen. Unterläßt er dies, so ist die Wiedereinsetzung zu versagen.

§ 9 Die Glaubhaftmachung der den Wiedereinsetzungsantrag begründenden Tatsachen

Bei der Antragstellung oder spätestens im Verfahren über den Antrag sind die Tatsachen zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags glaubhaft zu machen (§ 60 Abs. 2 Satz 2 VwGO). Es muß also glaubhaft dargetan werden, daß die Versäumung ohne Verschulden eingetreten ist.
Die Glaubhaftmachung ist eine vereinfachte Art der Beweisführung. Sie muß nicht wie der Beweis die volle Überzeugung in Form einer so hohen Wahrscheinlichkeit begründen, daß die Annahme des Gegenteils ausgeschlossen ist. Die Glaubhaftmachung braucht nur einen "geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit"[1], die "grobe"[2] oder "überwiegende Wahrscheinlichkeit"[3] zu ver-

---

15) Nach PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 6, darf die Wiedereinsetzung überhaupt nicht versagt werden, wenn kein ausdrücklicher Antrag vorliegt.

1) ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 111 I 2 b, S. 539; THOMAS-PUTZO, § 294 ZPO Anm. 1.

2) WIECZOREK, § 294 ZPO Anm. A II.

3) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 294 ZPO Anm. 1 A; und ihm folgend EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 16; KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 2; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 12; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 3 b; ULE, § 60 VwGO Anm. I 4, S. 225.

mitteln. Der verhältnismäßig geringe Beweiswert, den die Glaubhaftmachung erbringt, wird hier als genügend erachtet, da es sich nicht um die Schaffung einer materiellen Grundlage für die Sachentscheidung handelt, sondern nur um die Beibringung einer verfahrensrechtlichen Voraussetzung[4].
Gesetzlich geregelt ist die Glaubhaftmachung in § 294 ZPO, der über § 173 VwGO ergänzend heranzuziehen ist[5]. Eine Glaubhaftmachung ist demnach mit allen Beweismitteln möglich, die eine sofortige Beweisaufnahme gestatten. Das klassische Mittel der Glaubhaftmachung, die Versicherung an Eides Statt, kann im Wiedereinsetzungsverfahren nur Verwendung finden, soweit die Widerspruchsbehörde zur Abnahme von Versicherungen an Eides Statt zuständig ist[6]. Die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung gegenüber Behörden, die zur Abnahme nicht berechtigt sind, hat nur den Beweiswert einer formlosen Erklärung.
Die Glaubhaftmachung entstammt dem Herrschaftsbereich der Verhandlungsmaxime, wonach die Parteien die Tatsachen, die sie bei der Entscheidung berücksichtigt wissen wollen, vorbringen und beweisen müssen. Im Vorverfahren als Verwaltungsverfahren gilt (ebenso wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, § 86 Abs. 1 VwGO) der gegensätzliche Grundsatz, die Untersuchungsmaxime[7]. Das bedeutet, daß die entscheidungserheblichen Tatsachen von Amts wegen ohne Bindung an das Vorbringen der Par-

---

4) HELLBLING, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, Bd. I, Zu § 45 AVG, S. 273.

5) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 294 ZPO Anm. 5 und die übrigen in Fn. 3) Genannten.

6) Vgl. § 20 EVwVerfG 1963, wonach die Behörde eine Versicherung an Eides Statt nur abnehmen darf, wenn sie durch Rechtsverordnung zur Abnahme der Versicherung über den betreffenden Gegenstand und in dem betreffenden Verfahren für zuständig erklärt worden ist.

7) FELLNER, Grundfragen des Verwaltungsverfahrens, in: Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 345 (360); HAUEISEN, Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren, DVBl. 1962, 881 (882 sub II 2); MAYER, Verfahrensgrundsätze der Verwaltung, BayVBl. 1960, 332 (336); SPANNER, Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren, DÖV 1958, 651 (653); ebenso § 17 EVwVerfG 1963.

teien ermittelt werden[8].
Es drängen sich Zweifel auf, ob es in einem Verfahren, das vom Untersuchungsgrundsatz bestimmt wird, einem Beteiligten zur Pflicht gemacht werden kann, Tatsachen zu nennen und glaubhaft zu machen (§ 60 Abs. 2 Satz 2 VwGO)[9].
Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime sind zwar echte Gegensätze, treten aber meist nicht in Reinform auf. In § 86 Abs. 1 VwGO wird den Parteien eine Mitwirkungspflicht bei der Erforschung des Sachverhalts auferlegt. Im Zivilprozeß besteht die Pflicht des Gerichts, darauf hinzuwirken, daß die Parteien alle entscheidungserheblichen Tatsachen beibringen[10]. Unter der Geltung der Untersuchungsmaxime ist das sachliche Vorbringen der Parteien lediglich eine Anregung und Unterstützung des Gerichts[11]. Das Gericht muß sich "immer an den vorgetragenen Tatsachen orientieren"[12]. Es muß nicht ohne jeden Hinweis der Parteien Ermittlungen anstellen[13]. Jedoch findet die Verpflichtung des Gerichts zur Erforschung des Sachverhalts nicht "ihre Grenze dort, wo die Mitwirkungspflicht der Parteien einsetzt"[14]. Die Aufklärungspflicht des Gerichts tritt ergänzend n e b e n die Tätigkeit der Parteien[15]. Soweit die Hilfe der Beteiligten nicht genügt, ist das Gericht verpflichtet, selb-

---

8) Vgl. zum Unterschied zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime, ROSENBERG, (Fn. 1), § 63 I, II, S. 293 ff.; REDEKER, Verfahrensrechtliche Bindungen der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 475.

9) Nach § 67 Abs. 2 Satz 1 SGG "sollen" die Tatsachen glaubhaft gemacht werden. § 153 BBauG verlangt keine Glaubhaftmachung.

10) § 139 ZPO. Vgl. Zur Mitwirkungspflicht des Gerichts; ROSENBERG, (Fn. 1), § 63 II 3, S. 295 ff.

11) KLINGER, § 86 VwGO Anm. A 1; MELLWITZ, § 73 SGG Einleitung.

12) LANG, Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 52, 60 ff., 175 ff. (187).

13) REDEKER, (Fn. 8), S. 487; LANG, (Fn. 12), S. 187.

14) So aber BVerwG v. 6.12.63 - DVBl. 1964, 192;
BVerwG v. 29.11.63 - DVBl. 1964, 193 (194);
ablehnend EYERMANN-FRÖHLER, § 86 VwGO Rn. 3; Bedenken auch bei MENGER, VerwArch. 55, 389.

15) LANG, (Fn. 12), S. 193.

ständig den wahren Sachverhalt zu ermitteln[16].
Durch § 60 Abs. 2 Satz 2 VwGO wird dem Säumigen die Glaubhaftmachung der den Wiedereinsetzungsantrag begründenden Tatsachen zur Pflicht gemacht. Es hat nun, wie TIETGEN[17] bemerkt, den Anschein, als sei dem Antragsteller trotz Untersuchungsmaxime eine subjektive Beweislast auferlegt, d.h. "die einer Partei obliegende Last, bei Meidung des Prozeßverlustes durch eigene Tätigkeit den Beweis einer streitigen Tatsache zu führen (Beweisführungslast)"[18]. BETTERMANN[19] hält es zu Unrecht für erheblich, daß die Last des Glaubhaftmachens leichter wiegt als die Last des Beweises. Es geht hier um die grundsätzliche Zulässigkeit einer Beweislast gleich welcher Intensität.
Im Herrschaftsbereich des Untersuchungsgrundsatzes ist eine subjektive Beweislast ausgeschlossen[20]. Nach DYROFF[21] kann sie ausnahmsweise in Frage kommen, "wo es sich um individuelle Verhältnisse handelt, deren Darlegung und Nachweisung nach der Natur der Sache oder ausdrücklicher Vorschrift von den Beteiligten erwartet werden muß". Nach überwiegender Meinung gilt die Inquisitionsmaxime auch, wenn vom Antragsteller eine Glaubhaftmachung verlangt wird, also auch im Wiedereinsetzungsverfahren[22].

---

16) ULE, § 86 VwGO Anm. I 2, S. 299; BERNER, Drei Abhandlungen zum preußischen Verwaltungsstreitverfahren, VerwArch. 31, 428 (437).

17) TIETGEN, Urteilsanmerkung, DVBl. 1956, 683.

18) So die Definition bei ROSENBERG, Die Beweislast, S. 16.

19) BETTERMANN, Zur Beweislast im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1957, 84 (85).

20) H.M.; BERNER, (Fn. 16), S. 437; RUCKRIEGEL, Beweislast und Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß, DÖV 1958, 531 (532); HOFFMANN, Die Beweislast im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1957, 603 (604) mit weiteren Nachweisen in Anm. 6.

21) DYROFF, Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, Art. 20 Anm. II b ff.

22) BVerwG v. 13.10.61 - ZLA 1962, 44;
EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 20; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 12; ZIEMER-BIRKHOLZ, § 56 FGO Rn. 41; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. XIII 11; KLINGER, § 60 VwGO Anm.C 3; BVerwG v. 8.4.63 - NJW 1963, 2042 (2043) läßt dies für das Wiedereinsetzungsverfahren dahingestellt.

Die Untersuchungsmaxime gilt aber, was nicht immer deutlich zum Ausdruck kommt, nur für die Beibringung und Feststellung der für eine S a c h entscheidung erheblichen Tatsachen[23]. In einem Verfahren, das vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, läuft niemand Gefahr, aus m a t e r i e l l e n Gründen zu unterliegen, wenn er bei der Sachaufklärung untätig bleibt. Der Grundsatz der Amtsermittlung gilt aber nicht für die Voraussetzungen und Tatsachen, die die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs betreffen. Die Erhebung des Widerspruchs (der verwaltungsgerichtlichen Klage und Rechtsmittel) ist der Disposition des Betroffenen anheimgestellt, und es ist allein seine Sorge, alles zu tun, damit der Rechtsbehelf zulässig ist. Es besteht keine Pflicht, von Amts wegen das Vorhandensein von Zulässigkeitsvoraussetzungen zu ermitteln. Bisweilen sind Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere die sogenannten Prozeßvoraussetzungen, wie auch die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs, von Amts wegen zu prüfen. Das bedeutet aber nicht, daß die notwendigen Tatsachen von Amts wegen ermittelt werden müssen[24].

Da es sich bei der Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist nur um die Rechtzeitigkeit, also die Zulässigkeit des Widerspruchs (und auch der verwaltungsgerichtlichen Klage) handelt, darf dem Betroffenen eine echte Beweisführungslast aufgebürdet werden[25], gleichgültig ob die Widerspruchsbehörde oder das Verwaltungsgericht über den Wiedereinsetzungsantrag entscheidet. Der Säumige ist daher zu veranlassen, ungenügende Angaben tatsächlicher Art zu ergänzen und die von ihm behaupteten Hinderungsgründe glaubhaft zu machen[26]. Ob die Wieder-

---

23) Dies hebt BETTERMANN, (Fn. 19), S. 85 deutlich hervor; vgl. auch HOFFMANN, (Fn. 20), S. 604.

24) ROSENBERG, (Fn. 1), § 63 IV 2, S. 299.

25) Nur so ist es auch verständlich, daß sogar im Strafprozeß, der völlig vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht ist, vom Säumigen die Glaubhaftmachung des Wiedereinsetzungsgrundes verlangt wird (§ 45 StPO).

26) Anders für die Wiedereinsetzung nach § 67 SGG, da hier die Wiedereinsetzungstatsachen nur glaubhaft gemacht werden "sollen". Hier greift der Grundsatz der Amtsermittlung durch, vgl. PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 4 c. BSG v. 23.8.57 - BSGE 6, 1 (4).

einsetzung gewährt werden kann, ist nur nach den vom Antragsteller vorgebrachten und glaubhaft gemachten tatsächlichen Umständen zu beurteilen. Die entscheidende Stelle ist nicht verpflichtet, andere Umstände und Tatsachen zu ermitteln, insbesondere die Frage des Verschuldens von Amts wegen zu klären.

§ 10 Der Wiedereinsetzungsgrund

I. Ohne Verschulden des Säumigen

Nach § 60 Abs. 1 VwGO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn jemand eine gesetzliche Frist ohne Verschulden[1] nicht einhalten konnte. Kann der Wiedereinsetzungsgrund des mangelnden Verschuldens nicht glaubhaft gemacht werden, so ist der Wiedereinsetzungsantrag als unbegründet zurückzuweisen und nicht als unzulässig zu verwerfen[2].
Der Verschuldensbegriff ist in der Verwaltungsgerichtsordnung allerdings nicht definiert, so daß aus vergleichbaren Rechtsgebieten Anregungen geholt werden müssen. Allgemein wird das prozessuale Verschulden dem materiellrechtlichen Verschulden nicht gleichgesetzt[3]. Insbesondere wird der objektive Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht als Maßstab herangezogen. Unter der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" versteht die herrschende Lehre einen objektivierten und typisierten Sorgfaltsmaßstab[4], der jeweils auf die typischen Kennt-

---

1) Der Wiedereinsetzungsgrund "ohne Verschulden" gilt z.B. auch für § 67 Abs. 1 SGG, § 56 Abs. 1 FGO, § 86 Abs. 1 AO, § 153 Abs. 1 BBauG.
Vgl. dagegen z.B. "ohne sein Verschulden" § 22 Abs. 2 und § 92 FGG, § 15 III ZuSEntschG.
"Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle" § 233 Abs. 1 ZPO, § 44 StPO, § 158 Abs. 1 BBauG;
"unabwendbarer Zufall" § 43 PatG.

2) In § 238 Abs. 2 ZPO fehlt die Unterscheidung zwischen der Zulässigkeit und der Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags.

3) RG v. 3.11.38 - RGZ 158, 357 (361);
BGH v. 21.5.51 - BGHZ 2, 205 (207).

4) ESSER, Schuldrecht, § 56, 3, S. 201 f.; DEUTSCH, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 126; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, § 19 III, S. 222 f.

nisse und durchschnittlichen Fähigkeiten einer bestimmten Berufsgruppe abgestellt ist und durch die konkrete Situation[5] bestimmt wird. Die Anknüpfung an die "Figur des in allem durchschnittlichen Menschen"[6] wird nicht immer als glücklich empfunden[7]. Der überdurchschnittlich Befähigte genügt trotz geringer Unachtsamkeit dem objektiven Sorgfaltsmaß, während demjenigen, der unter dem Durchschnitt steht, ein Verhalten vorgeworfen wird, das ihm persönlich unvermeidbar war.
Um den besonderen Verhältnissen und Bedürfnissen im gerichtlichen Verfahren gerecht zu werden, wird hier allgemein ein subjektiver Verschuldensbegriff verwendet[8]. Damit wird im Bereich der individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der gewünschte Spielraum gewonnen.
Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist die Fristversäumung verschuldet, wenn der Beteiligte diejenige Sorgfalt außer acht gelassen hat, die für einen gewissenhaft und sachgemäß Prozeßführenden geboten ist und ihm nach den gesamten Umständen zumutbar ist[9]. Somit ist die subjektive Verschuldenstheorie in der Spielart des "doppelten Maßstabs"[10] maßgebend. Während die subjektive Theorie mit einheitlichem Maßstab die Sorgfaltspflicht bereits auf das nach den individuellen Fähigkeiten Mögliche abstimmt, setzt sich hier das Sorgfaltsmaß aus zwei Komponenten zusammen, der objektiv erforderlichen und der dem Betreffenden subjektiv möglichen Sorgfalt. Objektiver Sorgfaltsmaßstab ist die für einen gewissenhaft und sachgemäß Prozeßführenden objektiv gebotene Sorgfalt. Dabei knüpft die Vorstellung nicht an den "allersorgfältigsten"[11], peinlichst genauen

---

5) ESSER, (Fn. 4), S. 202; LARENZ, (Fn. 4), S. 221.

6) DEUTSCH, (Fn. 4), S. 126.

7) ESSER, (Fn. 4), S. 203; DEUTSCH, (Fn. 4), S. 126; LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 336.

8) BGH v. 21.5.51 - BGHZ 2, 205 (207);
BAUMBACH-LAUTERBACH, Einl. Anm. III 7 A.

9) BayVGH v. 25.6.48 - VGH n.F. 1, 94;
BayVGH v. 15.3.49 - VGH n.F. 2, 22 (23);
BVerwG v. 29.7.55 - DÖV 1956, 125;
BVerwG v. 22.5.64 - DÖV 1965, 350 (351).

10) DEUTSCH, (Fn. 4), S. 127.

11) LARENZ, (Fn. 7), S. 336.

Vertreter dieser Gruppe an. Vergleichsgröße ist vielmehr das Fähigkeitsniveau des durchschnittlich verantwortungsbewußten Prozeßbeteiligten. Als anzustrebendes Sorgfaltsmaß wird ein Ideal gesetzt, das von einem durchschnittlich befähigten Angehörigen des betreffenden Personenkreises erreicht werden kann[12]. Dieses am gewissenhaft und sachgemäß Prozeßführenden orientierte objektive Sorgfaltsmaß muß - abgesehen von der Analogie des § 70 Abs. 2 VwGO - auch für den Widerspruchsführer gelten, da die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs eine Prozeßvoraussetzung[13] ist und die Einhaltung der Widerspruchsfrist daher dieselbe Achtsamkeit verlangt wie die Wahrung einer prozessualen Frist.

Es mag verwundern, daß hier überhaupt ein objektiver Sorgfaltsmaßstab gesetzt ist. Da die nachteiligen Folgen der Versäumnis nur den Säumigen in seiner Rechtsposition beeinträchtigen, weil er die versäumte Rechtshandlung nicht mehr wirksam vornehmen kann, wäre als Höchstmaß die diligentia quam in suis (§ 277 BGB) denkbar. Dies würde eine Herabsetzung des Sorgfaltsmaßes bedeuten, da trotz leichter Fahrlässigkeit Wiedereinsetzung gewährt werden müßte. Rechtsbehelfsfristen[14] sind jedoch im Interesse der Rechtssicherheit gesetzt; ihr ungenützter Ablauf soll Gewißheit über die Unanfechtbarkeit einer Entscheidung bringen. Deshalb hat hier ein strengerer Sorgfaltsmaßstab durchaus seine Berechtigung. Auf diese Weise wird verhindert, daß die Unanfechtbarkeit trotz persönlich vermeidbarer Nachlässigkeit eines Rechtsbehelfsberechtigten bei der Fristwahrung nachträglich beseitigt wird.

---

12) LARENZ, (Fn. 7), S. 336 "Verbindung von normativem Typus und Durchschnittstypus".

13) Vgl. hierzu § 3 II, S. 23 ff.

14) Die außer den Rechtsmittelfristen und der Widerspruchsfrist von § 60 VwGO erfaßten gesetzlichen Fristen, wie die Klagefrist (§ 74 VwGO), die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung (§ 60 Abs. 2 VwGO), für den Antrag auf mündliche Verhandlung gegen den Vorbescheid (§ 84 Abs. 2 VwGO), für den Antrag auf Urteilsberichtigung (§ 119 Abs. 1 VwGO) und auf Urteilsergänzung (§ 120 Abs. 2 VwGO), sind für Rechtshandlungen gesetzt, die alle eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Rechtsbehelf aufweisen.

Wenn die für einen gewissenhaft und sachgemäß Prozeßführenden gebotene Sorgfalt nicht angewandt worden ist, ist noch zu prüfen, ob dem Betreffenden ein sorgfältigeres Handeln zumutbar war. Von einer Sorgfaltspflichtverletzung wird erst gesprochen, wenn der Betreffende die ihm persönlich mögliche und nach den gesamten Umständen zumutbare Sorgfalt nicht hat walten lassen[15]. Erst wenn der Widerspruchsführer (Prozeßführende) mit seinem Verhalten unter dem zweiten, seinen individuellen Fähigkeiten und Kenntnissen angepaßten Sorgfaltsmaß geblieben ist, hat er schuldhaft gehandelt.

Die auf das Können des Durchschnitts abgestimmte erforderliche Sorgfalt führt für den gegenüber der typisierten Vergleichsperson besser befähigten und besonders verantwortungsbewußten Menschen zu einer Herabsetzung der Sorgfaltsanforderungen. Er braucht nicht alle seine Fähigkeiten einsetzen und genügt trotz einer ihm persönlich vermeidbaren Nachlässigkeit dem objektiven Sorgfaltsmaß. Nach DEUTSCH[16] darf der doppelte Maßstab nicht verhindern, daß dem einzelnen besondere Fähigkeiten angerechnet werden, die einem höheren Sorgfaltsmaß gewachsen sind. Dies ist äußerst bedenklich. Die Verwendung einer subjektiven Verschuldenstheorie hat vor allem den Zweck, im Bereich der individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten insoweit einen Spielraum zu gewinnen, daß bei persönlicher Unvermeidbarkeit des Handelns Verantwortungsfreiheit eintritt. Wenn im Rahmen einer subjektiven Theorie eine objektiv bemessene Sorgfalt als Maßstab gesetzt wird, wird dieser Sorgfaltsgrad als genügend erachtet. Es ist daher nicht nötig, beim Vorliegen besonderer Befähigungen die Sorgfaltsanforderungen höher zu schrauben. Sollen alle überdurchschnittlichen Eigenschaften und Fähigkeiten aktiviert werden, so muß der doppelte Maßstab aufgegeben und als erforderliche Sorgfalt das dem einzelnen nach den gesamten Umständen mög-

---

15) Ein Beispiel dafür, wie stark die persönlichen Verhältnisse berücksichtigt werden, gibt BVerwG v. 22.5.64 - DÖV 1965, 350 (351).

16) DEUTSCH, (Fn. 4), S. 128, 143 mit weiteren Nachweisen. Ebenso ESSER, (Fn. 4), § 56, 6, S. 204; LEONHARD, Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, S. 59 ff.

liche Höchstmaß verlangt werden.

Das die Wiedereinsetzung hindernde Verschulden ist eine besondere Art fehlerhaften Verhaltens. Gewöhnlich nennt man ein Verhalten schuldhaft, wenn es dem Handelnden persönlich zum Vorwurf gereicht, d.h. wenn er die Rechtspflicht und bei Anwendung der nötigen Sorgfalt auch die Möglichkeit hatte, sich richtig zu verhalten[17]. Hier wird von jemandem ein fehlerfreies Verhalten im Interesse einer anderen Person oder deren Rechtsgüter gefordert. Durch eine schuldhafte Pflichtverletzung tritt ein Schaden oder ein Nachteil bei einem Dritten auf, der dann mit Schadensersatzansprüchen etc. an den nachlässig Handelnden herantritt. Das Verschulden, das einer Wiedereinsetzung entgegensteht, bewirkt dagegen nur Nachteile in der Sphäre des Säumigen. Das Bemühen um fehlerfreies, sorgfältiges Verhalten ist hier nur "ein Gebot des eigenen Interesses"[18], "eine Pflicht des Geschädigten gegen sich selbst"[19]; es besteht kein Recht eines Dritten hierauf. Diese Form des Verschuldens ist bekannt unter der Bezeichnung "Verschulden gegen sich selbst"[20]. Die Lehre vom "Verschulden gegen sich selbst" beruht auf der ethischen Pflicht, sich selbst keine Nachteile zuzufügen[21]. Sie kann sich aber nicht auf eine Rechtsnorm stützen, die die Verhinderung einer Selbstschädigung gebietet, da unserer Rechtsordnung eine derartige Rechtspflicht fremd ist. Dies wird dieser Lehre als Mangel angekreidet[22]. In neuerer Zeit besteht die Tendenz, auch in dieser Form von Fahrlässigkeit eine Pflichtverletzung zu sehen. Nach einer schärferen Untersuchung des Zwecks von Vorschriften hat man Pflichten schwächerer Ausprägung erkannt, die im eigenen und gleichzeitig fremden Interesse

---

17) LARENZ, (Fn. 4), § 19 I, S. 215.

18) SIBER, Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, S. 11.

19) BGH v. 31.3.60 - BGHZ 33, 136 (143).

20) Dieser Begriff geht - soweit ersichtlich - zurück auf ZITELMANN, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, S. 152 f., S. 166 ff.

21) ZITELMANN, (Fn. 20), S. 167.

22) So SCHMIDT, Die Obliegenheiten, S. 107.

bestehen. So wurde z.B. aus dem Mitverschulden durch Unterlassen der Schadensabwehr oder Schadensminderung (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB) eine Handlungspflicht herausgelesen[23]. SCHMIDT[24] hat für diese "Pflichten minderer Intensität"[25] den Begriff Obliegenheiten geprägt. Im Rahmen einer rechtlich relevanten Lebensbeziehung erfordere es die Interessenlage, daß der eine sein Verhalten auf die Interessen des anderen abstellt. Für die Interessenlage bei derartigen "teleologischen Nötigungstatbeständen minderer Zwangswirkung" sei kennzeichnend, daß das geforderte Verhalten zugleich im Interesse des Obliegenheitsbelasteten liegt.

Das die Wiedereinsetzung ausschließende Verschulden ist keine Pflichtverletzung im Sinne der Mißachtung einer Obliegenheit. Die Fristgebundenheit von Rechtsbehelfen trägt nicht den Charakter einer Obliegenheit. Es fehlt hier die begriffsnotwendige Drittwirkung. Die Rechtsbehelfsfrist hat als Ausschlußfrist nicht den Zweck, die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erzwingen. Der Gebrauch eines Rechtsbehelfs steht dem Betroffenen vollkommen frei. Der Rechtsbehelf ist ihm zur eigenen Rechtsverteidigung an die Hand gegeben, seine Erhebung liegt nicht im Interesse eines Dritten. Es gibt keine Obliegenheit zur Ausübung von Rechten oder Geltendmachung von Ansprüchen[26]. Die schuldhafte Versäumung einer Rechtsbehelfsfrist schmälert nur die Rechtsposition des säumigen Rechtsbehelfsführers, da er mit dem Ablauf der Frist mit dem Rechtsbehelf ausgeschlossen ist. Der Betroffene ist nicht gehindert, diesen Rechtsnachteil auf sich zu nehmen,und verletzt damit keine Rechtspflicht. Das Bestreben, einen Rechtsbehelf rechtzeitig zu erheben, kann man nur auffassen als eine ethische Pflicht gegen sich selbst[27], Nachteile von sich fernzuhalten. Die Sorgfaltsmißachtung, die zur Fristversäumung führt, ist daher ein reines V e r s c h u l d e n g e g e n s i c h s e l b s t[28].

---

23) SCHMIDT, (Fn. 22), S. 105 ff.; LARENZ, (Fn. 4), S. 177 Anm.1.
24) SCHMIDT, (Fn. 22), bes. S. 103 f.
25) So DEUTSCH, (Fn. 4), S. 59.
26) SCHMIDT, (Fn. 22), S. 49 f., 163 f.
27) ZITELMANN, (Fn. 20), S. 167.
28) BGH v. 21.5.51 - BGHZ 2, 205 (207).

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Fristversäumung unverschuldet ist, kann die Rechtsprechung zu § 233 ZPO nur im positiven Sinne herangezogen werden. Wenn nach § 233 Abs. 1 ZPO Wiedereinsetzung zu gewähren war, liegt auch ein Wiedereinsetzungsgrund im Sinne von § 60 VwGO vor. Jedoch kann ein Verhalten, das die Wiedereinsetzung nach § 233 Abs. 1 ZPO nicht erlaubt, unverschuldet sein und die Wiedereinsetzung gemäß § 60 VwGO rechtfertigen. § 233 Abs. 1 ZPO läßt eine Wiedereinsetzung nämlich nur zu, wenn die Fristwahrung durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle nicht möglich war. Nach ständiger Rechtsprechung liegt ein unabwendbarer Zufall vor, wenn die Fristversäumung unter den gegebenen Umständen auch durch die äußerste nach Lage des Falles vernünftigerweise gerade von dem Säumigen zu erwartende Sorgfalt nicht verhindert werden konnte[29]. Das Abstellen auf fehlendes Verschulden erweist sich gegenüber dem unabwendbaren Zufall als milderer Maßstab[30], als Erleichterung der Wiedereinsetzung. Zur Einhaltung der Frist muß nicht die äußerste nach Lage des Falles erforderliche Sorgfalt angewendet werden, es genügt hier die Beachtung der für einen gewissenhaften und sachgemäß Prozeßführenden gebotene Sorgfalt. Daher können auch andere widrige Umstände als Naturereignisse und unabwendbare Zufälle eine Fristversäumung entschuldigen, denn nicht jedes unverschuldete Ereignis ist ein unabwendbarer Zufall. Leider verfährt die Rechtsprechung bei der Beurteilung des prozessualen Verschuldens sehr uneinheitlich. Zuweilen wird für den Wiedereinsetzungsgrund "ohne Verschulden" ein strengerer Maßstab angesetzt als

---

29) RG v. 19.11.32 - RGZ 138, 346 (349);
RG v. 3.11.38 - RGZ 158, 357 (361);
RG v. 9.1.39 - RGZ 159, 109 (110);
BGH v. 18.1.52 - NJW 1952, 425;
ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 77 II 2 a, S. 350.

30) EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 7; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 5;
BGH v. 9.10.61 - NJW 1962, 202 (203);
BayObLG v. 25.10.63 - NJW 1964, 303;
BVerwG v. 29.5.57 - BB 1957, 873.

in Verfahren, die auf einen "unabwendbaren Zufall" abstellen[31].

II. Ohne Verschulden des Vertreters

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung wird dem säumigen Antragsteller das Verschulden seines gesetzlichen oder gewillkürten Vertreters als eigenes Verschulden zugerechnet[32], wobei meist über § 173 VwGO auf § 232 Abs. 2 ZPO zurückgegriffen wird[33]. REDEKER-VON OERTZEN[34] haben dagegen erhebliche Bedenken, da § 60 VwGO eine erschöpfende Regelung der Voraussetzungen der Wiedereinsetzung darstelle[35].
Die Anrechnung des Vertreterverschuldens entspricht jedoch dem Willen des Gesetzgebers. Bereits vor Erlaß der Verwaltungsgerichtsordnung war es durchaus herrschende Meinung, daß das Verschulden des Vertreters als Verschulden des Säumigen anzusehen ist[36], obwohl eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlte.

---

31) Vgl. hierzu die Darstellung von SCHEFFLER, Erleichterung der Wiedereinsetzung?, NJW 1964, 993 mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

32) BVerwG v. 16.11.61 - BVerwGE 13, 181; EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 8; KLINGER, § 60 VwGO Anm. B 2; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. III 1; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 2 c; ULE, § 60 VwGO Anm. I 3, S. 224; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 7; ZIEMER-BIRKHOLZ, § 56 FGO Rn. 25.

33) Eine Anrechnung des Vertreterverschuldens ist außerdem in § 86 Abs. 1 Satz 2 AO; § 22 Abs. 2 und § 92 FGG, § 24 Abs.1 Satz 2 EVwVerfG 1963; § 3 Abs. 2 Satz 2 BremVwVG.

34) REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 3.

35) Ebenso BOECKH, Urteilsanmerkung, NJW 1962, 317 (318); JECHT, Zur Form der Wiedereinsetzungsentscheidung im Verwaltungsgerichtsprozeß, NJW 1964, 533; NIEDERMAYER, Urteilsanmerkung, NJW 1961, 621.

36) v.BRAUCHITSCH, § 112 LVG Anm. 3 S. 192; BVerwG v. 29.5.57 - NJW 1957, 1572 für § 36 MRVO 165; KLINGER, § 36 MRVO 165 Anm. 1 mit weiteren Nachweisen; BVerwG v. 29.1.58 - BVerwGE 6, 161 für § 33 HessVVG; OVG Hamburg v. 31.1.48 - NJW 1949, 36 für § 67 HambVVG; BayVGH v. 15.3.49 - VGH n.F. 2, 22 f. für §§ 33, 34 SüddVVG. Vgl. auch NAUMANN, Wiedereinsetzung und Vertreterverschulden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DV 1949, 9.

Der Gesetzgeber war zunächst bemüht, das Problem durch eine eindeutige Formulierung zu klären. Der Rechtsausschuß beschloß in seiner Sitzung vom 29.1.1959, dem Absatz 1 des späteren § 60 VwGO einen Satz 2 zuzufügen[37], wonach abweichend von der bisherigen herrschenden Meinung das Verschulden des Bevollmächtigten nicht als Verschulden des Betroffenen gelten sollte. Auf Vorschlag des vom Bundesrat angerufenen Vermittlungsausschusses wurde dieser Satz in der endgültigen Fassung gestrichen[38]. § 60 VwGO ist daher so auszulegen, daß das Verschulden des Vertreters als Verschulden des säumigen Antragstellers zu werten ist. In § 24 Abs. 1 Satz 2 EVwVerfG 1963 wurde die Anrechnung des Vertreterverschuldens "zur Klarstellung für Rechtsunkundige"[39] ausdrücklich normiert.
Die Zurechnung des Vertreterverschuldens steht durchaus im Einklang mit dem Wortlaut des § 60 VwGO und bedarf gar nicht des Rückgriffs auf § 232 Abs. 2 ZPO[40]. Die Frist muß "ohne Verschulden" versäumt worden sein, damit Wiedereinsetzung gewährt werden kann. Daß nur eigenes Verschulden des Betroffenen der Wiedereinsetzung entgegenstehen soll, kann aus dieser Formulierung nicht mit Sicherheit herausgelesen werden. Die reine Wortinterpretation ist nicht verläßlich. Dies zeigt z.B. § 22 Abs. 2 Satz 1 FGG, wonach es für den Beteiligten ein Wiedereinsetzungsgrund ist, wenn die befristete Rechtshandlung "ohne sein Verschulden" unterblieben ist, und ihm andererseits in Satz 2 ausdrücklich das Verschulden des Vertreters angelastet wird. Lediglich die Ausdrucksweise "ohne eigenes Verschulden"[41] läßt auf den Willen des Gesetzgebers schließen, daß nur das

---

37) BT-Drucksache, 3. Wahlperiode, 1959, Nr. 1094, S. 7.

38) BT-Drucksache, 3. Wahlperiode, 1959, Nr. 1456, S. 3 und Nr. 1487.

39) So die Einzelbegründung zu § 24 EVwVerfG 1963, S. 130.

40) Vgl. auch NAUMANN, (Fn. 36), S. 10, der darlegt, daß die Zurechnung des Vertreterverschuldens in § 232 Abs. 2 ZPO ein allgemeines prozessuales Prinzip ist, das grundsätzlich für das gesamte Prozeßrecht gilt.

41) So auch BVerwG v. 4.4.62 - BVerwGE 14, 109 (110 f.) für § 59 Abs. 1 des Gesetzes über die Abgeltung von Besatzungsschäden vom 1.12.55 (BGBl. I S. 734).

Verschulden des Antragstellers als Wiedereinsetzungshindernis zu betrachten ist.

Auch der mitunter gezogene Vergleich mit § 44 StPO [42], wonach dem Angeklagten bei einer Fristversäumung das Verschulden seines Verteidigers nicht angerechnet wird, geht fehl. Der Verteidiger hat im Strafverfahren nicht die Stellung eines Vertreters; er ist ein Beistand, der selbständig an der Seite des Beschuldigten auftritt[43].

Dem Widerspruchsführer wird nur das Verschulden seines gesetzlichen oder gewillkürten Vertreters angerechnet, nicht dagegen das Verschulden von dessen Hilfspersonen[44]. Ein Verschulden des Vertreters liegt aber vor, wenn er bei der Auswahl, Anleitung und Überwachung seiner Hilfskräfte nicht die erforderliche Sorgfalt hat walten lassen.

Das Verschulden des Vertreters ist immer nach dessen persönlichen Verhältnissen zu beurteilen[45]. Auch für den Vertreter gilt als objektives Sorgfaltsmaß die für einen gewissenhaften und sachgemäß Prozeßführenden gebotene Sorgfalt. Sein Handeln ist schuldhaft, wenn er diesem Sorgfaltsmaß nicht genügt hat, weil er die ihm nach seinen individuellen Fähigkeiten mögliche und nach den gesamten Umständen zumutbare Sorgfalt außer acht gelassen hat.

Die Zurechnung des Vertreterverschuldens erfolgt unmittelbar ohne Orientierung an den Befähigungen des säumigen Antragstellers. Es kann ihm daher ein Verhalten angelastet werden, das gemessen an seinen eigenen Fähigkeiten und Kenntnissen nicht als Sorgfaltsverletzung angesehen würde (und umgekehrt).

---

42) So z.B. REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 3; HessVGH v. 8.6.48 - DV 1949, 18.

43) H.M.; LÖWE-ROSENBERG, Vor §§ 137-150 StPO, Anm. 3 a mit weiteren Nachweisen.
Vgl. auch HessVGH v. 21.3.52 - VerwRspr. 4, 860 (862).

44) H.M.; EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 9; KLINGER, § 60 VwGO Anm. 2; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 11; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 2 c; ULE, § 60 VwGO Anm. I 3 S. 224; OVG Lüneburg v. 7.10.50 - AS 2, 239 f.

45) EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 10.

4. Kapitel:

DIE ZUSTÄNDIGKEIT ZUR ENTSCHEIDUNG ÜBER DEN WIEDEREINSETZUNGSANTRAG

§ 11 Die Zuständigkeit der Erlaßbehörde

Über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Widerspruchsfrist entscheidet nach §§ 70 Abs. 2, 60 Abs. 4 VwGO die Stelle, die über die versäumte Rechtshandlung, hier also den Widerspruch, zu befinden hat. Es herrscht jedoch Unklarheit darüber, ob die Erlaßbehörde, bei der der Widerspruch nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO erhoben werden muß, zuständig ist, die Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag zu treffen.
In streng logischer Folgerung aus § 60 Abs. 4, §§ 72, 73 VwGO verlangen SCHUNCK-DE CLERCK[1] und REDEKER-VON OERTZEN[2] von der Erlaßbehörde entsprechend dem Verfahren beim Widerspruch eine Prüfung, ob der Wiedereinsetzungsantrag begründet ist und ob ihm "abgeholfen" werden kann, und wenn dies nicht der Fall ist, daß die Sache der Widerspruchsbehörde vorgelegt wird. Auch EYERMANN-FRÖHLER[3] halten die erlassende Behörde nur zur positiven Wiedereinsetzungsentscheidung für befugt, da "die Ausgangsbehörde über die Wiedereinsetzung in aller Regel nur entscheiden" wird, "wenn sie dem Widerspruch abhelfen will".
Ebenso beschränkt BURI[4] die Zuständigkeit der Erlaßbehörde auf den Fall, daß sie dem Widerspruch abhelfen will, denn "praktisch sinnvoll ist nur die Gewährung der Wiedereinsetzung, um abhelfen zu können".
Soweit die Erlaßbehörde überhaupt zur Wiedereinsetzung zuständig ist, ist die doppelte Einschränkung auf positive Entscheidungen

---

1) § 70 VwGO Erl. 6 b.

2) (1. Aufl.), § 70 VwGO Rn. 6.

3) § 70 VwGO Rn. 9. Ähnlich REDEKER-VON OERTZEN, (2. Aufl.), § 70 VwGO Anm. 5; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 84 SGG Anm. 8.

4) BURI, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Widerspruchsverfahren, DÖV 1963, 498 (499).

richtig, da sie zur Zurückweisung des Widerspruchs nicht befugt ist. Dies darf allerdings nicht so verstanden werden, daß die Erlaßbehörde zunächst die Begründetheit des Widerspruchs prüfen muß, um dann, wenn sie eine Abhilfe für nötig hält, zu untersuchen, ob die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung vorliegen. Ist nach Ansicht der Erlaßbehörde keine Möglichkeit der Wiedereinsetzung gegeben, so könnte sie dem Widerspruch deshalb nicht abhelfen und hätte sich die materiellrechtliche Prüfung des Verwaltungsakts sparen können. Die Erlaßbehörde muß zunächst die Zulässigkeit des Widerspruchs einschließlich der Rechtzeitigkeit und dann erst seine Begründetheit prüfen. Die Frage ist nur, ob sie einem verspäteten Widerspruch immer nur abhelfen darf, wenn sie vorher Wiedereinsetzung gewährt hat.

Neuerdings wird von WELLER[5] die Auffassung vertreten, daß im Bereich der Verwaltung n u r die Widerspruchsbehörde eine Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag treffen darf, "weil die Behörde auch bei unzulässigen Widersprüchen, selbst wenn der Verwaltungsakt bereits Rechtskraft erlangt hat, die angefochtene Verfügung aufheben oder ändern, also dem Widerspruch abhelfen kann".

An dieser Stelle ist es unerläßlich, darüber Klarheit zu gewinnen, ob der Ablauf der Widerspruchsfrist und die Rechtskraft von Verwaltungsakten auf die Überprüfungs- und Abhilfepflicht der Erlaßbehörde von Einfluß ist. Da widerspruchsberechtigt und damit befugt, bei Versäumung der Widerspruchsfrist Wiedereinsetzung zu beantragen, nur derjenige ist, der durch den Verwaltungsakt beschwert ist[6], ist in diesem Zusammenhang nur von Interesse, ob die Erlaßbehörde einen unanfechtbaren b e l a s t e n d e n (bzw. gleichzeitig begünstigenden) Verwaltungsakt jederzeit überprüfen und aufheben kann oder ob sie sogar dazu verpflichtet ist.

---

5) WELLER, Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist, DÖV 1964, 691 (692).

6) Vgl. hierzu § 7 I, S. 56 ff.

I. Umfang der Überprüfungs- und Abhilfepflicht

1.) bei belastenden Verwaltungsakten

Die Beseitigung rechtswidriger belastender Verwaltungsakte nach Ablauf der Widerspruchsfrist liegt nach herrschender Meinung im E r m e s s e n der Behörde[7]; sie kann sich auch auf die Unanfechtbarkeit berufen.
Aus dem Problemkreis werden bewußt die Fälle herausgenommen, in denen praktisch unbestritten ein Anspruch auf neuerliche Prüfung und Aufhebung oder Änderung des "fehlerhaft gewordenen" Verwaltungsakts besteht und auch durch Verpflichtungsklage durchgesetzt werden kann, weil sich die Rechts- und Sachlage nach Erlaß geändert hat[8], Restitutionsgründe im Sinne des § 580 ZPO bestehen oder nachträglich neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden[9].
Die Frage, ob nach Eintritt der Unanfechtbarkeit die Überprüfung und Abänderung eines Verwaltungsakts dem Ermessen der Verwaltung überlassen ist, wird daher beschränkt auf Verwaltungs-

---

7) BVerwG v. 27.5.60 - DVBl. 1960, 856;
BVerwG v. 20.9.60 - BVerwGE 11, 124 (125);
BVerwG v. 10.10.61 - BVerwGE 13, 99 (105);
BVerwG v. 8.12.61 - DVBl. 1962, 562;
BVerwG v. 13.12.62 - BVerwGE 15, 196 (199);
BVerwG v. 16.7.64 - BVerwGE 19, 153 (155)
mit weiteren Nachweisen.
BULLINGER, Zur Bestandskraft belastender Verwaltungsakte, JZ 1963, 466 (470); HAUEISEN, Erst- und Zweitbescheid im Verwaltungsrecht, NJW 1965, 561 (562); GÜTZKOW, Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte der Sozialleistungsträger, NJW 1964, 1449 (1453).
Damit steht in engem Zusammenhang, daß es im Ermessen der Verwaltung liege, ob sie trotz Unanfechtbarkeit des Erstbescheids eine neue Sachentscheidung (Zweitbescheid) treffen will:
BVerwG v. 15.11.62 - BVerwGE 15, 155 (157);
BVerwG v. 26.9.62 - DÖV 1964, 23 (24);
BVerwG v. 11.12.63 - BVerwGE 17, 256 (261).

8) BVerwG v. 10.2.60 - DVBl. 1962, 640 (641);
BVerwG v. 7.9.60 - BVerwGE 11, 106 (107);
BVerwG v. 16.7.64 - BVerwGE 19, 153 (155);
WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 52 III b, S. 311.

9) MARTENS, Der Anspruch auf Rücknahme eines belastenden Verwaltungsakts, NJW 1963, 1856 (1857 f.). MAURER, Die Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte, DÖV 1966, 477 (487 f.); vgl. EVwVerfG 1963, Einzelbegründung zu § 37, S. 166.

akte, deren tatsächliche und rechtliche Verhältnisse seit ihrem Erlaß unverändert sind.

Gewöhnlich wird der Verwaltung für ihre Tätigkeit ausdrücklich durch Gesetz ein Ermessen eingeräumt[10]. Der Gesetzgeber lockert das Legalitätsprinzip, indem er auf eine strenge und konkrete Bindung der Verwaltung verzichtet und es ihrem Entschluß überläßt, aus mehreren rechtlich möglichen Verhaltensweisen die für den Einzelfall zweckmäßigste zu wählen[11]. Es gibt aber keine generelle Norm, die die Beseitigung von rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakten in das Ermessen der Verwaltung stellt. Das von der herrschenden Meinung behauptete Ermessen kann daher der Verwaltung nur zustehen, wenn es ihrem Wesen so eigentümlich ist, daß in unserer Rechtsordnung die Ermessensfreiheit ein begriffsnotwendiges Merkmal jeder wirksamen Verwaltungstätigkeit ist[12].

Es ist aber bedenklich, der Verwaltung für ihr Handeln grundsätzlich ein Ermessen zuzugestehen. Neuerdings wird sogar eine Meinung laut, die in einem Rechtsstaat dem administrativen Ermessen, "dem trojanischen Pferd des rechtsstaatlichen Verwal-

---

10) JESCH, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 163 (211): "Ermächtigungsnorm"; STERN, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, S. 11.

11) ADAMOVICH-SPANNER, Handbuch des Österreichischen Verfassungsrecht, S. 319 f.; FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts S. 74; OBERMAYER, Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden NJW 1963, 1177; WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 32 II a, S. 150;
a.A. BETTERMANN, Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, in: Der Staat, 1. Bd., S. 79 (84): "... er (Ermessensspielraum) gewährt keine Wahlfreiheit. Er gestattet vielmehr nur, die einzig richtige Entscheidung des Falles nicht ausschließlich dem Gesetz zu entnehmen, ...".

12) HELD, Ermessen und Recht, in: Festschrift für H.Kraus (1964), S. 123 (124/125): "Wenn also kein Gesetz ausdrücklich zur Ermessensausübung ermächtigt oder diese etwa vorschreibt, beruht das Ermessen der öffentlichen Verwaltung in erster Linie auf der wesensmäßigen, von der Verfassung anerkannten Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Verwaltung". Vgl. auch WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 32 II a, S. 151;
a.A. MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 141 f.

tungsrechts"[13] die Existenzberechtigung streitig macht[14]. Aber selbst wenn man die sich aus der Ermessensfreiheit ergebende Beweglichkeit der Verwaltung, die für den Gesetzgeber nicht voraussehbaren oder legislativ nur grob und schematisch erfaßbaren Lebenssituationen im Einzelfall mit einer möglichst gerechten und zweckmäßigen Regelung versehen zu können, als unumgänglich notwendig für eine wirkungsvolle Verwaltungstätigkeit betrachtet, kann dies nicht für die Beseitigung belastender Verwaltungsakte gelten.

Verwaltungsermessen besteht nur auf der Rechtsfolgeseite als sogenanntes Handlungsermessen, d.h. als "volitives" Ermessen im Gegensatz zum "kognitiven" oder Beurteilungsermessen[15]. Wenn die Verwaltung das Gegebensein der Handlungsvoraussetzungen beurteilt, interpretiert sie Rechtsbegriffe, handhabt aber kein Ermessen[16]. Soweit der Verwaltung ein Ermessen zusteht, ist es n a c h Beurteilung der Rechts- und Sachlage ihrem gesetzlich nicht näher gebundenen Entschluß überlassen, ob sie überhaupt eine Rechtsfolge setzen (Entschließungsermessen) oder welche von mehreren möglichen Rechtsfolgen sie ziehen will (Auswahlermessen)[17]. Alle der Behörde zur Wahl gestellten

---

13) HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Festgabe für Giacometti, S. 59 (66).

14) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd., § 106 I 1 f., S. 655.

15) So die langsam sich durchsetzende Meinung in Deutschland: JESCH, (Fn. 10), S. 208; WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 31 II a, S. 151; STERN, (Fn. 10), S. 23; BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97 (98).
KLEIN, Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR 82, 75 (84 f., 95) hält diese Kriterien für eine Grenzziehung ungeeignet. Ähnlich LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 228.

16) JESCH, (Fn. 10), S. 208; BACHOF, (Fn. 15), S. 98 "Erkenntnisakt".

17) WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 31 II c, S. 152; STERN, (Fn.10), S. 22. Vgl. hierzu auch OBERMAYER, (Fn. 11), S. 1179, der verschiedene "Arten von Verhaltensermessen" unterscheidet, und GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 72.

Verhaltensweisen sind rechtlich gleichwertig[18].
Es ist anerkannt, daß die Verwaltung, wenn ihr auf Grund eines Gesetzes ein Ermessen eingeräumt ist, nach durchgeführter Subsumtion des Sachverhalts unter den Normtatbestand nicht willkürlich eine der angebotenen Rechtsfolgen bestimmen darf. Wenn auch der Gesetzgeber beim Ermessen "einen Restraum nicht von ihm im voraus geprägter Eigenentschließung der Verwaltung in Kauf nimmt"[19], so ist doch die Ermessensbetätigung speziell durch die Ermächtigungsnorm beschränkt und generell materiellen Bindungen unterworfen[20]. Soweit das administrative Ermessen - wie hier - nicht einer Ermächtigungsnorm entspringt, fehlen deren spezielle Schranken. Die Handhabung des Ermessens durch die Verwaltung unterliegt aber denselben Grenzen, die für die gesamte Verwaltungstätigkeit gelten. Jede Ermessensbetätigung hat daher unter Beachtung der obersten Rechtsgrundsätze, der Grundrechte und Verfassungsprinzipien zu erfolgen[21].
Aus dem Gleichheitssatz folgt, daß gleichgelagerte Fälle die gleiche Rechtsfolge nach sich ziehen müssen. Die Verwaltung muß auf ein erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist an sie gerichtetes Beseitigungsbegehren entweder immer untätig bleiben oder den rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakt immer aufheben oder sich immer auf die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts berufen. Der Gleichheitssatz ist nämlich nicht nur verletzt, wenn unmittelbar ungleiche Belastungen auferlegt werden, "sondern ebenso durch mittelbar ungleiche Belastungen infolge ungleicher Begünstigung"[22]. Der Gleichheitssatz schränkt einen Ermessensspielraum nur insofern ein, alsseine unmittelbare Geltung die Verwaltung zwingt, bei gleichem

---

18) FORSTHOFF, (Fn. 11), S. 74; JESCH, (Fn. 10), S. 207; MERKL, (Fn. 12), S. 149 f.

19) STERN, (Fn. 10), S. 21.

20) JESCH, (Fn. 10), S. 209: "äußere" und "innere Grenze". Eine Rechtsbindung des Ermessens ist heutzutage unbestritten: WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 31 II d, S. 153; KLEIN, (Fn. 15), S. 88.

21) Vgl. zu den Ermessensschranken die Aufstellung bei STERN, (Fn. 10), S. 25 f.

22) SPANNER, Gutachten zum 43. DJT, S. 13.

Sachverhalt die gleiche Rechtsfolge zu setzen; er gibt aber keinen Hinweis, welche der möglichen Rechtsfolgen zu wählen ist.

Eine eindeutige Antwort darauf, ob ein rechtswidriger belastender Verwaltungsakt aufzuheben ist oder nicht, ergibt sich erst aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird überwiegend als Element des Rechtsstaats betrachtet[23], vielfach auch dem Prinzip der Gewaltenteilung entnommen[24]. Obwohl der Umfang der Gesetzmäßigkeit je nach der Ableitung verschieden ist[25], ist es im Rahmen dieser Arbeit nicht entscheidend, welchem Verfassungsgrundsatz die Verwaltungslegalität zugeordnet wird. Hier interessiert nur die tatsächliche Existenz des Gesetzmäßigkeitsprinzips und seine Auswirkung auf die Beseitigung rechtswidriger belastender Verwaltungsakte.

Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung enthält bekanntlich die beiden Komponenten, den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes. Dem Art. 20 Abs. 3 GG kann kein Hinweis entnommen werden, der die traditionelle Beschränkung des Gesetzesvorbehalts auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum rechtfertigt.

Ein derart "beschnittener" Gesetzesvorbehalt ist für die heutige Verfassungsstruktur ein historischer Begriff. Der Begriff des Eingriffsvorbehalts macht nur deutlich, daß sich das Volk im Vergleich zum absoluten und Polizeistaat wenigstens für die einschneidendsten Eingriffe in seine Rechte insoweit Rechtssicherheit erkämpft hat, als hierzu ein Ge-

---

23) MAUNZ-DÜRIG, Art. 20 GG Rn. 124; v.MANGOLDT-KLEIN, Art. 20 GG Anm. VI 2; HUBER, (Fn. 13), S. 60; ROOS, Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung in: Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, S. 117 (118). MALLMANN, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, 105 (183); BVerfG v. 8.1.59 - BVerfGE 9, 83 (87); BVerwG v. 20.5.55 - BVerwGE 2, 118 (119); BVerwG v. 29.9.60 - BVerwGE 11, 136 (137).

24) IMBODEN, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 8; GIACOMETTI, (Fn. 17), S. 228.

25) ROOS, (Fn. 23), S. 121; MALLMANN, (Fn. 23), S. 183.

setz als Grundlage vorausgesetzt ist[26]. Da alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht (Art. 20 Abs. 1 GG) und die Herrschaft des Volkes sich weitgehend auf die Gesetzgebung durch das Parlament beschränkt, müssen sich alle Staatshandlungen auf ein Gesetz oder eine ranghöhere Norm zurückführen lassen. Diesen Zustand hat MERKL[27] sehr treffend mit dem Begriff der "durchgängigen Volksherrschaft" umrissen. Die notwendige Konsequenz ist daher der Totalvorbehalt des Gesetzes[28], wie er z.B. in Art. 18 des Österreichischen Bundesverfassungsgesetzes vom 1.10.1920 ausdrücklich festgelegt ist.
Die Vorbehaltskomponente des Gesetzmäßigkeitsprinzips der Verwaltung umfaßt daher alle Verwaltungsakte, begünstigende und belastende. Es bedarf also auch die Beseitigung eines rechtswidrigen, belastenden Verwaltungsakts, die einen begünstigenden Verwaltungsakt darstellt, einer gesetzlichen Grundlage.
Soweit keine Spezialgesetze die Geltungsdauer eines rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakts regeln, kommt als Beseitigungsnorm nur der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung selbst in Betracht. Das Prinzip der Verwaltungslegalität verlangt von der Verwaltungsbehörde nicht nur bei Erlaß des Verwaltungsakts ein gesetzmäßiges Handeln, sondern enthält darüberhinaus die P f l i c h t , begangene Gesetzesverstöße nachträglich zu beseitigen und die Gesetzmäßig-

---

26) Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung ROHWER-KAHLMANN, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte, S. 42 ff.; IMBODEN, (Fn. 24), S. 18 f.; JESCH, Gesetz und Verwaltung, S. 102 ff., 117 ff.

27) Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 170.

28) RUPP, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 113 ff.; SPANNER, (Fn. 22), S. 6 ff.; ZEIDLER, Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht, in: Der Staat, 1. Bd., S. 321 (323); MALLMANN, (Fn. 23), S. 185; ROHWER-KAHLMANN, (Fn. 26), S. 44; IMBODEN, (Fn. 24), S. 9 ff.

keit wiederherzustellen[29]. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung "verlangt unter dem Aspekt demokratischer Legitimität die W a n d l u n g des R e c h t s der Verwaltung zu deren P f l i c h t "[30].
Da das Gesetzmäßigkeitsprinzip in Verbindung mit dem Gleichheitssatz die Beseitigung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts zur Pflicht macht, scheidet jedes irgendwie geartete Ermessen der Verwaltung aus.
In neuerer Zeit wurde auch erkannt, daß der Rücknahmepflicht der Verwaltung als Korrelat ein Rechtsanspruch[31] des Betroffenen auf Aufhebung des gesetzwidrigen Verwaltungsakts gegenübersteht. Ein anderes Ergebnis ist angesichts der zunehmenden Tendenz einer "Subjektivierung des Staat-Bürger-Verhältnisses" undenkbar[32].

2.) bei Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen

Es hat zunächst den Anschein, als ob eine Beseitigungspflicht der Verwaltung bei rechtswidrigen Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen nicht vorbehaltlos bejaht werden könnte.

---

29) BVerwG v. 2.7.54 - DÖV 1955, 638 (639);
BVerwG v. 25.10.57 - BVerwGE 5, 312 (313);
BVerwG v. 14.10.59 - BVerwGE 10, 12 (14);
BayVGH v. 11.2.57 - BayVBl. 1957, 163;
BSG v. 18.10.62 - DVBl. 1963, 249 (250);
so auch EVwROWü Begr. S. 298.
ZSCHACKE, Die Rücknahme unanfechtbarer rechtswidriger belastender Verwaltungsakte der Leistungsverwaltung, DVBl. 1962, 322 (325); BECKER-LUHMANN, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 108; WEYREUTHER, Die Gesetzesbindung der Verwaltung und ihre Grenzen, DVBl. 1964, 893 (900); ULE-BECKER, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, S. 57; KLINGER, § 42 VwGO Anm. E IV 1 a;
a.A. JESCH, (Fn. 26), S. 195.

30) ZEIDLER, (Fn. 28), S. 338.

31) ZEIDLER, (Fn. 28), S. 338; HAUEISEN, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, 1425 (1426); BULLINGER, (Fn. 7), S. 466; MAURER, (Fn. 9), S. 486;
a.A. FORSTHOFF, (Fn. 11), S. 241, der die Beseitigungspflicht bejaht, aber keinen Rechtsanspruch gibt.

32) BACHOF, Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht, in: Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 3 (11).

Gemeint sind die Verwaltungsakte, die für einen oder mehrere Betroffene begünstigend wirken und zugleich einen oder mehrere belasten.

Der jahrzehntelang unbestrittene Grundsatz[33], daß rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakte voraussetzungslos zurückgenommen werden können, wurde vor einigen Jahren von der Rechtsprechung angezweifelt und inzwischen von zahlreichen Ausnahmen durchlöchert[34]. Dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, das in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz die Beseitigung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts gebietet, wird von der Rechtsprechung der Vertrauensgrundsatz gegenübergestellt[35]. Das schutzwürdige Vertrauen des Begünstigten in den Bestand des Verwaltungsakts schränke aus Gründen der Rechtssicherheit den Entzug der aus dem Verwaltungsakt sich ergebenden Rechtsposition unter bestimmten Voraussetzungen ein und verbiete unter Umständen eine Beseitigung eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts völlig. Die freie Widerruflichkeit begünstigender Verwaltungsakte ist modifiziert worden in das Abwägungsproblem, ob im Einzelfall das schutzwürdige Interesse des Begünstigten an der Aufrechterhaltung oder das öffentliche Interesse an der Beseitigung des rechtswidrigen Verwaltungsakts überwiegt. Bei den sogenannten Verwaltungsakten mit Doppelwirkung kann jedenfalls mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes keine sachgerechte Lösung erreicht werden. Soll ein Staatsbürger für immer eine rechtswidrige Belastung hinnehmen müssen, nur weil ein anderer durch denselben Verwaltungsakt begünstigt worden ist und auf dessen Bestand vertraut?!

---

33) Vgl. z.B. EVwROWü Begründung zu Art. 88, S. 298 mit weiteren Nachweisen. Zur früher herrschenden Lehre auch HAUEISEN, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, 1425 (1427); BECKER-LUHMANN, (Fn. 29), S. 18 ff.; so zuletzt noch BVerwG v. 18.10.56 - DVBl. 1957, 497.

34) Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist das Urteil des OVG Berlin vom 14.11.56 - DVBl. 1957, 503; daraufhin erstmals BVerwG v. 25.10.57 - BVerwGE 5, 312.

35) Vgl. zur herrschenden Lehre BECKER-LUHMANN, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 19 ff.

Hier müssen die Möglichkeiten der Beseitigung eines rechtswidrigen, begünstigenden Verwaltungsakts erweitert werden, "soll sich der Bestandsschutz für den Begünstigten nicht als Verminderung des Rechtsschutzes anderer auswirken"[36].
Unproblematisch ist in diesem Zusammenhang, wenn der Verwaltungsakt rechtzeitig angefochten worden ist und daher noch kein Vertrauen in seinen Bestand gesetzt werden konnte. Keine Schwierigkeiten zeigen sich auch, wenn nach den von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien das Vertrauen nicht schutzwürdig ist[37], insbesondere wenn die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts durch Handlungen des Begünstigten verursacht worden ist und somit in seinen Verantwortungsbereich fällt[38]. Hier steht einer Korrektur des Gesetzesverstoßes durch Beseitigung des rechtswidrigen Verwaltungsakts nichts im Wege.
Dagegen kann in allen anderen Fällen dem Begünstigten der Vertrauensschutz über den Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit hinaus nur verweigert werden, wenn dies die Rücksichtnahme auf den zu Unrecht belasteten Betroffenen fordert. Der Vertrauensgrundsatz kann das Gesetzmäßigkeitsprinzip und den materiellen Anspruch des Belasteten auf Aufhebung des Verwaltungsakts nur lahmlegen, wenn er mindestens ranggleich ist.
Der Prinzipienwiderstreit zwischen dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und dem Vertrauensgrundsatz kann als Rangproblem[39] nur

---

36) So EVwVerfG, Einzelbegründung zu § 39, S. 182, der aber eine Erweiterung der Rücknahmemöglichkeit nur im gesamten Rechtsbehelfsverfahren, einschließlich des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, für notwendig hält.

37) Vgl. hierzu NEUMANN, Die Grenzen des Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht, NJW 1962, 1085 f. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; § 37 Abs. 2 EVwVerfG 1963.

38) BVerwG v. 24.4.59 - BVerwGE 8, 261 (268);
BVerwG v. 12.5.60 - BVerwGE 10, 308 (309);
Vgl. zur sogenannten "Sphärentheorie" auch HAUEISEN, Betrachtungen über die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, DVBl. 1959, 228 (233); MAINKA, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, S. 61 f.

39) BOGS, Zur Bindung der Versicherungsträger an fehlerhafte Verwaltungsakte, SGb 1963, 33 (37).

gelöst werden durch Abwägung a l l e r Umstände, die im Einzelfall für und wider eine Gewährung des Vertrauensschutzes sprechen[40]. Bei den Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen ringen im Gegensatz zu den rein begünstigenden Verwaltungsakten nicht nur das Gesetzmäßigkeitsprinzip und der Vertrauensgrundsatz um Anwendung (oder um mit der herrschenden Lehre zu sprechen: es ist nicht nur das Interesse des Begünstigten an derAufrechterhaltung des Verwaltungsakts gegen das öffentliche Interesse an der Beseitigung des rechtswidrigen Verwaltungsakts abzuwägen), als entscheidender Gesichtspunkt kommt der materielle Anspruch des zu Unrecht Belasteten auf Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsakts hinzu. Dieser Beseitigungsanspruch aktiviert die Pflicht der Verwaltung, den gesetzmäßigen Zustand wieder herzustellen und schaltet den Vertrauensschutz des Begünstigten aus. Der Vertrauensgrundsatz ist im öffentlichen Recht ein zum Schutz von Individualinteressen gegenüber dem Staat als Hoheitsträger bestimmtes Prinzip[41] und kann sich daher nicht gegen die Interessen oder Rechte eines anderen zu Unrecht belasteten Staatsbürgers auswirken. Es wäre auch befremdend, wenn der zu Unrecht Begünstigte erwarten oder gar verlangen könnte, daß die Beseitigung einer gesetzwidrigen Belastung nur mit Rücksicht auf seine Interessen unterbleibt. Da das Vertrauen des Begünstigten bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung einen Bestandsschutz nicht rechtfertigt, besteht für die Verwaltung die Pflicht, den rechtswidrigen Verwaltungsakt aufzuheben[42]. Das weitere Problem,

---

40) COING, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, S. 50; speziell zum Widerruf von Verwaltungsakten: HAUEISEN, Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, DVBl. 1964, 710 (720); EVwVerfG 1963, Einzelbegründung zu § 37, S. 168; BVerwG v. 7.12.60 - DÖV 1961, 382 (384).

41) MAINKA, (Fn. 38), S. 29, 50.

42) So die frühere Rechtsprechung: VG Stuttgart v. 30.4.48 - DVBl. 1950, 792 (793); HessVGH v. 2.12.49 - DVBl. 1950, 681 (682); BGH v. 26.2.51 - VerwRspr. 3, 533 (534); und HAUEISEN, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, 1424 (1426). Nach ERNING, Der Widerruf begünstigender mangelhafter Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, DVBl. 1960, 467 (469, 470), besteht vor Eintritt der formellen Rechtskraft die Pflicht zum Widerruf, nach Eintritt der formellen Rechtskraft steht der Widerruf im pflichtgemäßen Ermessen, jeweils mit der Einschränkung, daß eine eigentumsähnliche "erdiente" Rechtsstellung des Begünstigten den Widerruf hindert.

ob die Rücknahme ex tunc oder nur ex nunc zulässig ist, kann in diesem Zusammenhang vernachlässigt werden.

II. Einfluß der materiellen Rechtskraft

Es muß geklärt werden, ob eine eventuelle materielle Rechtskraft eine Selbstbindung der Verwaltung an den beanstandeten Verwaltungsakt bewirkt und die Beseitigungspflicht lahmlegt. Die materielle Rechtskraft ist durch die Prozeßgesetze und die Prozeßrechtswissenschaft deutlich umrissen. Die Übernahme dieses prozessualen Instituts in das Verwaltungsrecht hat nur dann einen Sinn, wenn man unter der materiellen Rechtskraft eines Verwaltungsakts dieselbe Wirkung versteht, die den Urteilen im Zivil- und Verwaltungsprozeß beikommt. Bei der Anwendung des prozessualen Begriffes der materiellen Rechtskraft im Verwaltungsrecht ist jedoch ein gravierender Fehler unterlaufen: die Gleichsetzung von materieller Rechtskraft und Unwiderruflichkeit einer Entscheidung[43]. Obwohl COESTER[44], BÖTTICHER[45] und IPSEN[46] bereits eingehend nachgewiesen haben, daß beide Rechtsinstitute sauber von einander getrennt werden müssen, wird immer noch die Frage des Widerrufs von Verwaltungsakten mit dem äußerst umstrittenen Problem[47] der materiellen Rechtskraft von Verwaltungsakten verquickt[48].

Die Unwiderruflichkeit einer Entscheidung ist weder Voraussetzung noch Funktion der materiellen Rechtskraft. Die Zweckschöpfung der materiellen Rechtskraft dient nur der Verhütung des

---

43) Vgl. hierzu O.MAYER, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 196 ff.; v.KÖHLER, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 186 ff.; FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 194 f.

44) COESTER, Die Rechtskraft der Staatsakte, S. 104 ff.

45) BÖTTICHER, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, S. 35 ff., 94.

46) IPSEN, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, S. 22 ff.

47) Vgl. hierzu die Literaturangaben bei FORSTHOFF, (Fn. 11), S. 231 ff.

48) BULLINGER, (Fn. 7), S. 468; ZSCHACKE, (Fn. 29), S. 323; HUFNAGL, Widerruf des Verwaltungsakts, DVBl. 1951, 623; VG Darmstadt, v. 15.5.62 - DVBl. 1962, 647 (648).

Widerspruchs einer späteren Entscheidung mit der ursprünglichen über denselben Sachverhalt, soll aber nicht den Widerruf verhindern[49]. Bei der Aufhebung oder Änderung einer Entscheidung besteht nicht die geringste Gefahr eines Geltungskonflikts. Die neue oder geänderte Entscheidung tritt nicht neben, sondern an die Stelle der ursprünglichen. Das Problem des Widerrufs von Verwaltungsakten wird daher von den Wirkungen einer eventuellen materiellen Rechtskraft gar nicht tangiert.

Für MERKL[50] ist das Problem der Rechtskraft "das Problem der Geltungsdauer oder der zeitlichen Grenzen von Rechtserscheinungen". Ausgehend von der Grundnorm der Rechtsordnung, die unbedingte, von Rechts wegen unbegrenzte und unbegrenzbare Geltungsdauer besitzt[51], kommt auch allen von der Grundnorm abgeleiteten Rechtsnormen niederer Stufe, wie Gerichtsurteilen und Verwaltungsakten, Rechtskraft in dem Sinne zu, "daß sie - vorbehaltlich positivrechtlich gesetzter Abänderungsmöglichkeiten - grundsätzlich unabänderlich, oder, anders ausgedrückt, daß sie in Konsequenz der allseitigen Universalität des Rechtes, zeitlich unendlich gelten"[52]. Jede Norm (im Sinne des Stufenbaus der Rechtsordnung) kann nur geändert werden, wenn eine Norm höherer Stufe eine Änderung vorsieht[53]. Fehlt eine Derogationsnorm, gilt nicht der Satz "lex posterior derogat priori", der "kein logisches Prinzip ist"[54] und daher eine positivrechtlich festgesetzte Abänderungsmöglichkeit voraussetzt. Der Rechtsordnung ist vielmehr "sein Gegensatz: lex posterior non derogat priori immanent"[55]. Die materielle Rechtskraft "als die allseitige Unabänderlichkeit

---

49) BÖTTICHER, (Fn. 45), S. 94; vgl. auch JESCH, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, S. 70.

50) Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 201.

51) MERKL, (Fn. 50), S. 210; ders., Die Lehre von der Rechtskraft, S. 178 f.; KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 8 ff.

52) MERKL, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 244.

53) MERKL, (Fn. 50), S. 210; ders., (Fn. 52), S. 242.

54) MERKL, (Fn. 52), S. 238 f.

55) MERKL, (Fn. 50), S. 211.

aller Akte"[56] bzw. als "spezifische Geltungsdauer von Rechtlichem"[57] verstanden, macht die Rücknahme von Verwaltungsakten allerdings folgerichtig zu einem Rechtskraftproblem.
Die materielle Rechtskraft im traditionellen Sinn betrifft jedoch kein Derogationsproblem. Die materielle Rechtskraft trägt selbst zur Lösung eines Geltungskonflikts zwischen zwei sich inhaltlich widersprechenden Entscheidungen nichts bei, ihre Aufgabe liegt nur darin, eine Konfliktsituation zu verhüten[58].
Soweit die Unabänderbarkeit eines Verwaltungsakts als materielle Rechtskraft im Sinne MERKLs bezeichnet wird, handelt es sich lediglich um eine terminologische Abweichung. Um Verwechslungen zu vermeiden, ist es sehr wünschenswert, mit dem Begriff der materiellen Rechtskraft nur Rechtswirkungen zu umreißen, die der Verhütung eines Widerspruchs zwischen der ursprünglichen mit einer späteren Entscheidung über denselben Sachverhalt dienen.

III. Einfluß der formellen Rechtskraft

Nachdem dargelegt ist, daß die eventuelle materielle Rechtskraft eines Verwaltungsakts der Beseitigungspflicht der Verwaltung nicht entgegensteht, ist praktisch schon geklärt, daß auch die formelle Rechtskraft darauf keinen Einfluß ausübt.
Die formelle Rechtskraft bedeutet im Prozeßrecht, daß eine Entscheidung von den Parteien mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht oder nicht mehr angefochten werden kann (Unanfechtbarkeit, Unangreifbarkeit)[59]. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsmittelfrist ungenützt verstrichen ist, wenn endgültig entschieden wurde oder das eingelegte Rechtsmittel rechtswirksam zurückgenommen worden ist.

---

56) MERKL, (Fn. 50), S. 201.

57) MERKL, (Fn. 52), S. 177.

58) BÖTTICHER, (Fn. 45), S. 65, 94.

59) STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, § 705 ZPO Anm. I; ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 146 I 1, S. 729; BAUMBACH-LAUTERBACH, Einführung zu §§ 322-327 ZPO, Anm. 1 A.

Auch im Verwaltungsrecht ist es üblich, den Zustand der Unanfechtbarkeit eines Verwaltungsakts als formelle Rechtskraft zu bezeichnen. MERKL[60] kennzeichnet die formelle Rechtskraft allgemeiner als "die Unabänderbarkeit eines Staatsaktes auf Grund Anbringens eines privaten Interessenten". Neuerdings ist es beliebt, für die Geltungskraft von Verwaltungsakten den Begriff "Bestandskraft"[61] zu verwenden. Im Interesse der Begriffsidentität ist jedoch anzustreben, den Zustand der Unanfechtbarkeit eines Verwaltungsakts durch die Betroffenen gleichfalls als formelle Rechtskraft zu bezeichnen, was weitgehend auch geschieht[62].

Die formelle Rechtskraft eines Verwaltungsakts bedeutet demnach lediglich seine rein verfahrensrechtliche Unanfechtbarkeit mit ordentlichen Rechtsmitteln durch den Adressaten und alle Betroffenen. Sie besagt aber nichts darüber, ob der Verwaltungsakt für die Verwaltung bereits bindend geworden ist und von ihr nicht mehr aufgehoben oder abgeändert werden darf[63]. Die Selbstbindung des erlassenden Organs an seine eigene Entscheidung ist keine Voraussetzung der formellen Rechtskraft[64]. Es ist weder der Rücknahmeanspruch des Staatsbürgers ein Rechtsmittel[65], noch trägt die Beseitigung eines Verwaltungsakts durch die Verwaltung den Charakter eines Rechtsmittels[66]. Die Pflicht der Verwaltungsbehörde, einen

---

60) MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 201.

61) EVwVerfG 1963, Einzelbegründung zu §§ 33 ff., S. 150 ff.; BULLINGER, Zur Bestandskraft belastender Verwaltungsakte, JZ 1963, 460; WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 52 II c, S. 309.

62) BERNATZIK, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 127 ff.; FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 195; NEBINGER, Verwaltungsrecht, Allg. Teil, S. 213; FORSTHOFF, (Fn. 11), S. 232; BECKER, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, S. 208; ANTONIOLLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 216; BVerfG v. 1.7.52 - BVerfGE 2, 380 (392).

63) BULLINGER, (Fn. 7), S. 466; ZSCHACKE, (Fn. 29), S. 322; BARING, Die "Rechtskraft" der Verwaltungsakte, NJW 1952, 1073 (1074).

64) A.A. offenbar WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 52 II b, S. 309.

65) BULLINGER, (Fn. 7), S. 468 f.; MAURER, (Fn. 9), S. 481.

66) A.A. wohl MERKL, (Fn. 60), S. 211.

rechtswidrigen Verwaltungsakt zu beseitigen, bleibt daher trotz Eintritt der formellen Rechtskraft bestehen.
Obwohl die formelle Rechtskraft ohne Einfluß auf die Beseitigungspflicht der Verwaltung ist, müssen hier einige Überlegungen über die Wirkungsbreite der Widerspruchsfrist angestellt werden. Vor allem BULLINGER[67] fordert in Anbetracht der neueren Rechtsprechung[68], die der Verwaltungsbehörde ebenfalls die Rechtspflicht auferlegt, einen rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakt ungeachtet seiner Unanfechtbarkeit auf Antrag hin zurückzunehmen, "den Sinn und die Tragweite der Anfechtungsfristen von Grund auf neu zu durchdenken", denn "diese Rechtsprechung läßt die Anfechtungsfristen geradezu zur Farce werden". Es soll nun in diesem Zusammenhang versucht werden, in kurzen Zügen über Sinn und Zweck der Anfechtungsfristen, insbesondere über die Bedeutung der Widerspruchsfrist, Klarheit zu gewinnen.
Die herrschende Ansicht, die Beseitigung rechtswidriger belastender Verwaltungsakte liege nach Ablauf der Widerspruchsfrist im Ermessen der Verwaltung, hat ihren Grund offenbar in dem verständlichen Bestreben, den Anfechtungsfristen wenigstens eine gewisse Wirkung zu belassen. Gesteht man dem Staatsbürger auch nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts ohne jede Einschränkung einen gerichtlich durchsetzbaren Beseitigungsanspruch zu, so wird die Widerspruchsfrist tatsächlich umgangen und sinnlos.
Über Anfechtungsfristen kann man sich nicht einfach hinwegsetzen. Sie sind im Interesse der Rechtssicherheit gesetzt[69]. Durch die nach ungenutztem Ablauf der Rechtsbehelfsfrist eintretende Unanfechtbarkeit soll erreicht werden, daß die Verbindlichkeit eines Verwaltungsakts nicht mehr angezweifelt

---

67) BULLINGER, Zur Bestandskraft belastender Verwaltungsakte, JZ 1963, 466 (468).

68) BVerwG v. 20.2.61 - DVBl. 1962, 640 (641); insbesondere VG Darmstadt v. 15.5.62 - DVBl. 1962, 647 (649).

69) BULLINGER, (Fn. 67), S. 468;
BVerwG v. 4.12.59 - BVerwGE 10, 47 (48);
BVerwG v. 20.9.60 - BVerwGE 11, 124.

werden kann. Der Bürger muß sich mit dem Verwaltungsakt abfinden, wenn er sich nicht innerhalb der Anfechtungsfrist zur Wehr setzt. Daß der Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit mit dem Ausschluß des Rechtsbehelfs für den Betroffenen unter Umständen nachteilige Rechtswirkungen hat, wird auch dadurch deutlich, daß bei Versäumung der Widerspruchsfrist die Möglichkeit der Wiedereinsetzung gegeben ist. Das an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Institut der Wiedereinsetzung wäre überflüssig, wenn trotz Unanfechtbarkeit jeder Verwaltungsakt überprüft und im Falle der Rechtswidrigkeit aufgehoben werden müßte.

Die Widerspruchsfrist erhält auch nicht die notwendige Bedeutung, wenn die Beseitigung rechtswidriger Verwaltungsakte ab Eintritt der Unanfechtbarkeit im Ermessen der Verwaltung steht. Die Verwaltung kann nämlich ihre Entscheidung nicht nach freiem Belieben treffen, sondern muß die jeder Ermessensausübung gesetzten Schranken beachten. Werden bei der Handhabung des Ermessens diese Grenzen nicht eingehalten, ist die Entscheidung ermessensfehlerhaft und rechtswidrig. Da der betroffene Staatsbürger ein Interesse an der Beseitigung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts hat, hat er einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf fehlerfreie Ermessensbetätigung, ein "formelles subjektives Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch"[70]. Mit der Verneinung einer Beseitigungspflicht der Verwaltung wird nur eine Klage auf Rücknahme des Verwaltungsakts ausgeschaltet. Der unanfechtbare Verwaltungsakt wird jedoch mittelbar in Streit gezogen, wenn die die Beseitigung ablehnende Entscheidung als ermessensfehlerhaft angegriffen wird. Damit ist lediglich eine Problemverlagerung vorgenommen.

---

70) DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 36; BACHOF, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 69; EYERMANN-FRÖHLER, § 114 VwGO Rn. 8; REDEKER-VON OERTZEN, § 114 VwGO Anm. 7; ULE, § 42 VwGO Anm. II 2 S. 120;
BVerwG v. 18.8.60 - BVerwGE 11, 95 (98);
BVerwG v. 28.6.63 - DÖV 1964, 54 (56);
BVerwG v. 17.9.64 - BVerwGE 19, 252 (255).

Neuerdings hat sich MAURER[71] eingehend mit diesem Problem befaßt. Er trifft die in diesem Zusammenhang wesentliche Unterscheidung zwischen der P r ü f u n g eines Verwaltungsakts auf seine Rechtmäßigkeit und der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts. Ausgangspunkt ist auch hier ein Anspruch des Bürgers auf Beseitigung rechtswidriger Verwaltungsakte. Dieser Rücknahmeanspruch erfaßt jedoch nur " e r k a n n t rechtswidrige Verwaltungsakte", während Prüfungsgegenstand auch "nur m ö g l i c h e r w e i s e rechtswidrige Verwaltungsakte" sind. Nach Eintritt der Unanfechtbarkeit besteht nicht mehr generell die Pflicht der Verwaltung, einen beanstandeten Verwaltungsakt zu überprüfen und sich Kenntnis von seiner eventuellen Rechtswidrigkeit zu verschaffen.
Eine P r ü f u n g s p f l i c h t besteht nach Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts nur, wenn der Betroffene die behauptete Rechtswidrigkeit "durch solche Umstände und Erkenntnisse qualifizieren kann, die die Rechtsmäßigkeit eines Verwaltungsakts zumindest sehr verstärkten Zweifeln aussetzt"[72]. Diese strenge Differenzierung zwischen Prüfungspflicht und Rücknahmeanspruch verdient Zustimmung, da ein Beseitigungsanspruch nicht schlechthin ausgeschlossen wird und dennoch die mit der Setzung von Anfechtungsfristen angestrebte Rechtssicherheit in Erscheinung tritt. Innerhalb der Anfechtungsfrist besteht auf den Rechtsbehelf hin ohne Ausnahme die Pflicht zur Überprüfung des Verwaltungsakts[73]. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist kann, abgesehen von der Möglichkeit der Wiedereinsetzung, der Rechtsbehelf, der die uneingeschränkte Prüfungspflicht aktiviert, nicht mehr erhoben werden. Es ver-

---

71) MAURER, Die Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte, DÖV 1966, 477 (483 sub III).

72) MAURER, (Fn. 71), S. 487, der die Schwierigkeiten, einen großzügigen Katalog von Prüfungsgründen aufzustellen, nicht verkennt.
Vgl. auch MARTENS, Der Anspruch auf Rücknahme eines belastenden Verwaltungsakts, NJW 1963, 1856 (1857 ff.).

73) Den Einfluß der Anfechtungsfristen auf die Überprüfung von Verwaltungsakten haben auch erkannt MARTENS, (Fn. 72), S. 1857, und JAROSCH, Kann die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch zur Sache entscheiden?, DÖV 1964, 296 (298).

bleibt nur mehr der Rücknahmeanspruch, dem aber keine generelle Prüfungspflicht vorgeschaltet ist. Durch die Einschränkung der Prüfungspflicht auf unanfechtbare Verwaltungsakte, deren Rechtswidrigkeit wahrscheinlich ist, wird erreicht, daß die große Zahl der rechtmäßigen Verwaltungsakte nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Dadurch können allerdings auch tatsächlich rechtswidrige Verwaltungsakte der Überprüfung entgehen. Dieser Tribut muß aber der Rechtssicherheit gezollt werden. Die Ablehnung der Überprüfung eines Verwaltungsakts bedeutet nicht gleichzeitig die Verneinung eines Beseitigungsanspruchs, da ohne Prüfung noch nicht feststeht, ob ein derartiger Anspruch überhaupt besteht.

Diese Grundsätze bedürfen jedoch wegen der besonderen Natur der Widerspruchsfrist einer Abwandlung.

Soweit die Regelung des Vorverfahrens n u r aus der Bundeskompetenz nach Art. 74 Nr. 1 GG als Festlegung einer Prozeßvoraussetzung gedeckt ist[74], ist die Einhaltung der Widerspruchsfrist r e i n e Sachurteilsvoraussetzung. Auch nach ihrem Ablauf besteht uneingeschränkt die Prüfungs- und Beseitigungspflicht der Verwaltung. Durch den ungenutzten Ablauf der Widerspruchsfrist wird der Verwaltungsakt nur g e r i c h t l i c h unanfechtbar. Wegen Fehlens der Sachurteilsvoraussetzung eines fristgerechten Widerspruchs darf das Gericht keine Sachprüfung vornehmen, sondern muß die Klage als unzulässig abweisen[75].

Soweit der Bundesgesetzgeber auch die Kompetenz besitzt, das Verwaltungsverfahren zu regeln[76] oder die einzelnen Länder Sanktionsnormen erlassen haben[77], ist die Widerspruchsfrist g l e i c h z e i t i g Verwaltungsverfahrensfrist und ihr

---

74) Vgl. hierzu § 2 II 1, S. 12 ff.

75) Vgl. hierzu § 3 II, S. 23 ff.

76) Dies gilt für den Bereich der bundeseigenen Verwaltung, der Bundesauftragsverwaltung und, da die VwGO als Zustimmungsgesetz ergangen ist, des landeseigenen Vollzugs von Bundesgesetzen. Vgl. hierzu § 2 II 2, S. 12 ff.

77) § 16 BaWüAGVwGO; Art. 15 BayAGVwGO; § 7 BerlAGVwGO; Art. 12 Nr. 7 BremAGVwGO; § 6 HambAGVwGO; § 22 RhPfAGVwGO. Vgl. auch § 2 Fn. 47).

ungenutzter Ablauf führt zur Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts im Bereich der Verwaltung. Eine Prüfungspflicht der Verwaltung besteht nur bei rechtzeitigem Widerspruch und ein verspäteter Widerspruch ist als unzulässig zurückzuweisen. Ist die Widerspruchsfrist bereits abgelaufen, so ist eine Prüfungspflicht abhängig von vorheriger Wiedereinsetzung oder von der Darlegung veränderter Umstände seit Erlaß des Verwaltungsakts, die auf einen Rücknahmeanspruch deuten.

IV. Zusammenfassung und Ergebnis

Die Erlaßbehörde ist zur Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist nur zuständig, wenn die Widerspruchsfrist gleichzeitig auch Verwaltungsverfahrensfrist ist und ihr Ablauf die generelle Sachprüfungspflicht der Verwaltung ausschaltet.
Die Erlaßbehörde hat daher bei einem verspäteten Widerspruch, ausgenommen es handelt sich in Wahrheit um einen Rücknahmeanspruch, zunächst zu prüfen, ob Wiedereinsetzung gewährt werden muß. Sind die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung nicht erfüllt, so ist die Sache an die Widerspruchsbehörde weiterzuleiten, da die Ausgangsbehörde zur Zurückweisung des Widerspruchs nicht befugt ist (§§ 72, 73 VwGO). Ist die Versäumung der Widerspruchsfrist nach Ansicht der Erlaßbehörde unverschuldet, jedoch keine Möglichkeit der Abhilfe gegeben, so muß die Sache ebenfalls der Widerspruchsbehörde zugeleitet werden. Diese prüft dann erneut die Frage der Wiedereinsetzung und die materielle Rechtslage. Die Gewährung der Wiedereinsetzung durch die Ausgangsbehörde ohne gleichzeitige Abhilfeentscheidung ist überflussig, da die Widerspruchsbehörde die Zulässigkeit des Widerspruchs selbständig prüfen muß.

§ 12 Die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde

Die Widerspruchsbehörde ist nach §§ 70 Abs. 2, 60 Abs. 4, 73 VwGO als die Stelle, die über die versäumte (und nunmehr nachgeholte) Rechtshandlung, hier also den Widerspruch, zu befinden hat, unstreitig zuständig, über den Wiedereinsetzungsantrag bei Versäumung der Widerspruchsfrist zu entscheiden[1]. Die Widerspruchsbehörde wird mit der Frage der Wiedereinsetzung konfrontiert, wenn ihr die Sache von der Erlaßbehörde zugeleitet worden ist, weil diese keine Möglichkeit zur Wiedereinsetzung sieht oder glaubt, dem Widerspruch aus materiellen Gründen nicht abhelfen zu können.
Die Entscheidung der Widerspruchsbehörde, an die das Verwaltungsgericht nicht gebunden ist, hat für das gerichtliche Verfahren die Funktion der Beweissicherung und Tatsachenfeststellung. Dem Gericht wird die Prüfung der Rechtzeitigkeit des Widerspruchs als Teilfrage der Zulässigkeit der Klage[2] erleichtert und so zu seiner Entlastung, einer spezifischen Aufgabe des Vorverfahrens[3], beigetragen.

---

1) EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 9; KLINGER, § 70 VwGO Anm. D; REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 5; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 4; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 84 SGG Anm. 8.
BURI, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Widerspruchsverfahren, DÖV 1963, 498 (499); WEIDES, Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlichrechtlichen Arbeit, JuS 1964, 447; WELLER, Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist, DÖV 1964, 691 (692).
OVG Lüneburg v. 10.7.62 - DVBl. 1963, 335;
VG Bremen v. 16.11.62 - RLA 1963, 159.

2) Vgl. hierzu § 3 II, S. 23 ff.

3) Vgl. hierzu § 1 I, S. 2.

§ 13 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts

Es ist heftig umstritten, ob das Verwaltungsgericht befugt ist, über einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Widerspruchsfrist zu entscheiden. Diese Frage ist von Bedeutung, wenn die verwaltungsgerichtliche Klage in der Hauptsache anhängig ist, und zwar in folgenden Fällen:

a) Die Widerspruchsbehörde hat einen verspäteten Widerspruch sachlich beschieden, ohne die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung geprüft zu haben.

b) Die Widerspruchsbehörde hat einen Widerspruch wegen irgendeines Mangels zu Unrecht als unzulässig verworfen. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird zudem erstmals bemerkt, daß die Widerspruchsfrist versäumt war.

c) Die verwaltungsgerichtliche Klage ist unter den Voraussetzungen der §§ 75, 76 VwGO erhoben, also ohne daß die Widerspruchsbehörde zur Zulässigkeit oder Begründetheit des Widerspruchs Stellung genommen hat.

Mit einem Teil der hier auftretenden Probleme hat sich BURI[1] beschäftigt, ist jedoch nicht zu befriedigenden Ergebnissen gelangt.

Er geht zutreffend davon aus, daß das Verwaltungsgericht im Rahmen der Zulässigkeit der Klage unter anderem die Wahrung der Widerspruchsfrist bzw. die Richtigkeit der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag prüfen muß, zieht aber dann unhaltbare Folgerungen. Komme das Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Wiedereinsetzung zu Unrecht gewährt oder abgelehnt worden ist, so könne es an diesem Sachverhalt im Rahmen einer Klage gegen den ursprünglichen Verwaltungsakt nichts ändern. Es fehle dem Gericht die Zuständigkeit, da über die Versäumung der Widerspruchsfrist die Widerspruchsbehörde zu entscheiden habe. Den Verwaltungsakt (gewährte oder abge-

---

1) BURI, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Widerspruchsverfahren, DÖV 1963, 498 (499 ff.).

lehnte Wiedereinsetzung) habe das Verwaltungsgericht so lange hinzunehmen, als er nicht durch einen förmlichen Rechtsakt beseitigt ist. Verwaltungsakte könne das Verwaltungsgericht nicht von Amts wegen, sondern nur nach erhobener Anfechtungsklage durch Aufhebungsurteil beseitigen. Dem Betroffenen bleibe nichts anderes übrig, "als die Wiedereinsetzung durch eine Verpflichtungsklage zu erstreiten". Ein Dritter könne, soweit er durch den Widerspruchsbescheid erstmalig beschwert wird, gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO das Verwaltungsgericht anrufen und zwar auch wegen der gewährten Wiedereinsetzung.
Wenn nun die Versäumung der Widerspruchsfrist erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren festgestellt wird (Fälle a, b und c), so ist es für BURI nur logisch konsequent, daß das anhängige Verfahren anzusetzen ist, bis in einem Zwischenverfahren die Frage der Wiedereinsetzung durch eine Entscheidung der Widerspruchsbehörde geklärt ist[2].
In der Tat ein recht umständlicher Weg! Auch BURI ist "von dem gefundenen Ergebnis alles andere als begeistert"[3].
BURI muß vor allem entgegengehalten werden, daß er einerseits von Amts wegen erfolgende Eingriffe der rechtsprechenden Gewalt in den Bereich der Verwaltung ablehnt, da "man nicht gesetzliche Zuständigkeitsregeln und den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung verdrängen" könne[3], andererseits aber das Verwaltungsgericht in einer - auch nach seiner Ansicht[4] - die Zulässigkeit der Klage betreffenden Frage an die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den Wiedereinsetzungsantrag, deren Nichtigkeit ausgenommen, bindet. Könnte die Verwaltungsbehörde das Gericht an ihre Wiedereinsetzungsentscheidung binden, so wäre dies ein eindeutiger Übergriff in die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts. Die Verwaltungsbehörde würde verbindlich über einen

---

2) Wie Fn. 1), S. 501 sub 6 f.

3) Wie Fn. 1), S. 500.

4) BURI, Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet?, DÖV 1962, 483 (484); ders., (Fn. 1), S. 500.

Teil der Zulässigkeit der Klage entscheiden. Dies wäre eine Variante der gerade auch von BURI abgelehnten[5] "Wiedereröffnung des Verwaltungsrechtswegs"[6] bzw. dessen Verschließung, denn das Gericht wäre auch an eine unter Verletzung des § 60 VwGO gewährte oder versagte Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist durch die Verwaltungsbehörde gebunden. Dieser Lösung kann daher nicht zugestimmt werden[7], vor allem, weil auch der Ausgangspunkt, die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den Wiedereinsetzungsantrag sei ein selbständiger Verwaltungsakt[8], an den das Gericht gebunden ist, so lange er nicht durch einen förmlichen Akt der Verwaltung oder auf Grund einer Anfechtungsklage beseitigt ist, unzutreffend ist[9].

Wenn die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch eine Sachentscheidung trifft (Fall a), so ist das Gericht - wie bereits in einem anderen Zusammenhang ausgeführt[10] - deshalb nicht gehalten, auch eine Sachentscheidung zu erlassen, sondern verpflichtet, von Amts wegen zu prüfen, ob als Sachurteilsvoraussetzung ein fristgerechter Widerspruch vorliegt. Soll das Gericht nun, wenn es zu dem Ergebnis kommt, die Fristversäumung ist unverschuldet oder nicht, verpflichtet sein, das Verfahren auszusetzen? Kann das Gericht von der Behörde, die über die Versäumung der Widerspruchsfrist vielleicht bewußt hinweggesehen hat[11], überhaupt eine Entschei-

---

5) BURI, (Fn. 4), S. 484; ders., Kann die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch zur Sache entscheiden?, DÖV 1964, 299.

6) Vgl. hierzu § 3 Fn. 10, S. 23.

7) Vollkommen ablehnend auch BETTERMANN, Zweitanfechtung nach verspäteter Erstanfechtung, JZ 1965, 265 (268).

8) BURI, (Fn. 1), S. 500; ders., (Fn. 4), S. 484 Anm. 3.

9) Die Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag ist nur eine vorbereitende Nebenentscheidung. Siehe hierzu § 17, S. 136 ff.

10) Vgl. hierzu § 3 II, S. 23 ff.

11) Eine stillschweigende Wiedereinsetzung durch eine Sachentscheidung ist nach h.M. nicht zulässig. Siehe hierzu § 16 IV, S. 133 ff.

dung erwarten? Die Gewährung der Wiedereinsetzung könnte sich der Kläger allenfalls "durch eine Verpflichtungsklage erstreiten". Wie ist aber zu verfahren, wenn die Wiedereinsetzung zu versagen ist, die Widerspruchsbehörde dies aber nicht tut, weil sie die Sachentscheidung erlassen hat, obwohl sie erkannt hat, daß die Widerspruchsfrist schuldhaft versäumt war? Wenn durch den ursprünglichen Verwaltungsakt kein Dritter begünstigt wird, ist niemand vorhanden, der mit einer Verpflichtungsklage auf Versagung der Wiedereinsetzung die Widerspruchsbehörde zur Aktivität veranlassen könnte. Soll nun das Gericht im Falle der Untätigkeit der Verwaltung gehindert sein, über die Zulässigkeit der Klage zu entscheiden?

Ähnlich gelagert sind die Probleme, wenn die verwaltungsgerichtliche Klage unter den Voraussetzungen der §§ 75, 76 VwGO zulässig ist (Fall c). Soweit ersichtlich, fehlen hierzu Stellungnahmen der Literatur.

Auch hier ist die Frage der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist nicht irrelevant. In § 75 VwGO wird für die Verpflichtungsklage in Gestalt der "Untätigkeitsklage" klargestellt, daß ein Vorverfahren nicht nötig ist, was sich aber bereits aus § 68 VwGO ergibt. Für die Anfechtungsklage und die Verpflichtungsklage in Form der "Versagungsgegenklage" besteht die "Abweichung von § 68" nur darin, daß der Betroffene in der Regel nur drei Monate lang auf einen Widerspruchsbescheid warten muß[12]. Er muß aber auch hier form- und fristgerecht Widerspruch erhoben haben, damit die Anfechtungs- und Versagungsgegenklage zulässig ist. Andernfalls könnte ein säumiger Staatsbürger nur hoffen, daß die Behörde auf seinen verspäteten Widerspruch hin nichts hören läßt, um dann den Verwaltungsrechtsweg beschreiten zu können.

Bei der unter den Voraussetzungen der §§ 75, 76 VwGO erhobenen Klage besteht die Besonderheit, daß die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs nicht von der Widerspruchsbehörde, sondern erstmals vom Verwaltungsgericht im Rahmen der Zulässigkeit der

---

12) Vgl. hierzu sehr klar BETTERMANN, Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrags, NJW 1960, 1081 f.

Klage geprüft wird. Sollte hier nun - um dem Gedankengang BURIs treu zu bleiben - das absurde Ergebnis zutreffen, daß das Verwaltungsgericht, wenn die Widerspruchsfrist nicht eingehalten ist, über die Zulässigkeit der Klage nicht entscheiden darf, sondern das Verfahren aussetzen und dem Kläger nahelegen muß, bei der Widerspruchsbehörde - notfalls durch Verpflichtungsklage - lediglich eine Entscheidung zur Wiedereinsetzung (ein Widerspruchsbescheid ist ja nicht nötig) herbeizuführen? Hier würde der Sinn und Zweck des § 75 VwGO, der dem Staatsbürger möglichst schnell zu einer gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache verhelfen soll, geradezu in sein Gegenteil verkehrt, wenn wiederum die arbeitsüberlastete oder entscheidungsunwillige Verwaltungsbehörde angegangen werden müßte.

Wenn die Widerspruchsbehörde über einen formgerecht, jedoch verspätet eingelegten Widerspruch ohne zureichenden Grund in angemessener Frist nicht entschieden hat, so ist die verwaltungsgerichtliche Klage nach §§ 75, 76 VwGO zulässig, ohne daß der Erlaß eines Widerspruchsbescheids abgewartet oder erzwungen werden muß. Die Widerspruchsbehörde hat aber gleichzeitig einen ausdrücklich oder stillschweigend gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist nicht beschieden[13]. Was hat nun im Hinblick auf die Zulässigkeit der Klage mit dem Wiedereinsetzungsantrag zu geschehen?
Hier muß man sich vor Augen halten, daß die Wiedereinsetzung nur der Vorbereitung einer Entscheidung in der Hauptsache dient[14] und im gesamten akzessorischer Natur ist. Antrags-, Verfahrens-, Entscheidungsform und Zuständigkeit richten sich nach den Vorschriften und Grundsätzen, die für die ursprünglich versäumte, nun nachgeholte Rechtshandlung gelten[15]. Die Parallele zum Widerspruch bedeutet daher, daß eine Entschei-

---

13) Bzw. die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung ohne Antrag (§ 60 Abs. 2 Satz 3 VwGO) nicht geprüft, vgl. hierzu § 8 II, S. 70.

14) Vgl. hierzu § 17, S. 136 ff.

15) Vgl. hierzu § 14, S. 121 ff.

dung der Widerspruchsbehörde über einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Antrag auf Wiedereinsetzung, ebenso wie der Erlaß eines Widerspruchsbescheids, nicht unangemessen lange abgewartet werden muß. Die verwaltungsgerichtliche Klage ist unter den Voraussetzungen der §§ 75, 76 VwGO zulässig, ohne daß ein administrativer Widerspruchs- oder Wiedereinsetzungsbescheid vorliegen muß. Wenn die Widerspruchsbehörde bereits einen Widerspruchsbescheid erlassen hat (Fälle a und b), aber zur Wiedereinsetzung nicht Stellung genommen hat, so ist die verwaltungsgerichtliche Klage ebenfalls ohne Wiedereinsetzungsbescheid zulässig, wenn für den Wiedereinsetzungsantrag die Voraussetzungen des § 75 VwGO gegeben sind[16]. Unzutreffend ist es, im Falle der Nichtbescheidung eines Wiedereinsetzungsantrags die Rechtsfolge einem Vergleich mit der Nichtbescheidung eines Antrags auf Vornahme eines Verwaltungsakts zu entnehmen und Verpflichtungsklage auf Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag zu erheben[17]. Die Verpflichtungsklage (sog. Untätigkeitsklage) auf Bescheidung eines Wiedereinsetzungsantrags ist ebenso unzulässig wie die auf Erlaß eines Widerspruchsbescheids[18]. Andernfalls kommt es zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß die Klage einerseits ohne Widerspruchsbescheid zulässig ist, also ohne daß die Widerspruchsbehörde über Zulässigkeit oder Begründetheit des Widerspruchs entschieden hat, andererseits aber die Entscheidung über die Wiedereinsetzung, also über eine Teilfrage der Zulässigkeit des Widerspruchs, immer von der Widerspruchsbehörde getroffen werden muß. Die Entscheidung über einen Antrag auf Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist darf aber nicht dahingestellt bleiben. Über den bei der Verwaltungsbehörde ge-

---

16) Über einen Wiedereinsetzungsantrag wird immer ohne zureichenden Grund sachlich nicht entschieden worden sein, wenn bereits ein Widerspruchsbescheid ergangen ist.

17) A.A. wohl BURI, (Fn. 1), S. 499 sub 2.

18) BACHOF, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 32; KOEHLER, Vorbem. zu §§ 75, 76 VwGO Anm. II;
BVerwG v. 30.8.62 - VerwRspr. 15, 367;
a.A. BETTERMANN, (Fn. 12), S. 1088 sub VII 2; STIEFEL, Zum Recht auf Widerspruchsbescheid, BaWüVBl. 1966, 2 ff.

stellten Wiedereinsetzungsantrag muß ihm Rahmen der Zulässigkeit der anhängigen Klage in der Hauptsache das Verwaltungsgericht entscheiden.

Von der Rechtsprechung wird daher zum Teil, wenn der Streitfall beim Verwaltungsgericht anhängig ist oder die Nichteinhaltung der Widerspruchsfrist erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren festgestellt wird, bereits so verfahren, daß "aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs" das Gericht über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist entscheidet[19]. Andere Gerichte folgern aus der entsprechenden Anwendung des § 60 Abs. 4 VwGO, daß über den Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist n u r die Widerspruchsbehörde zu befinden hat[20].

Die analoge Anwendung des § 60 Abs. 4 VwGO, der auf das gerichtliche Verfahren zugeschnitten ist, muß notgedrungen Schwierigkeiten bereiten und zu Unklarheiten führen, weil im Vorverfahren eine jedem gerichtlichen Verfahren strukturell fremde Konstellation besteht. Die Regelung des § 60 Abs. 4 VwGO (ebenso § 237 ZPO) funktioniert nur unter der Voraussetzung, daß auf jede Klage und jeden prozessualen Antrag eine gerichtliche Entscheidung ergehen m u ß . Im Vorverfahren dagegen obliegt der Widerspruchsbehörde keine Entscheidungspflicht[21], sie muß keinen Widerspruchsbescheid erlassen. Der Betroffene hat kein klagbares Recht[22] auf Ergehen eines Widerspruchsbescheids. Im Vorverfahren gibt es also streng genommen keine Behörde, die - wie § 60 Abs. 4 VwGO voraussetzt - über die ver-

---

19) BayVGH v. 27.1.53 - ZMR 6, 195;
BayVGH v. 12.10.61 - VerwRspr. 14, 358;
wohl auch BVerwG v. 13.2.62 - DÖV 1962, 317;
PreußOVG v. 17.6.37 - OVGE 100, 298 (300);
EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 10 und § 60 VwGO Rn. 25.

20) OVG Lüneburg v. 10.7.62 - DVBl. 1963, 335;
VG Bremen v. 16.11.62 - RLA 1963, 159;
BURI, (Fn. 1), S. 499; KLINGER, § 70 VwGO Anm. D;
REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 5; WEIDES, Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlichrechtlichen Arbeit, JuS 1964, 447.

21) Vgl. dagegen § 73 Abs. 1 SAVG.

22) Str., vgl. Fn. 12).

säumte Rechtshandlung, den Widerspruch, zu befinden h a t . Die Widerspruchsbehörde kann oder soll über den Widerspruch entscheiden. In analoger Anwendung des § 60 Abs. 4 VwGO bedeutet dies, daß die Widerspruchsbehörde über den Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist entscheidet, wenn sie auch tatsächlich über den Widerspruch befinden w i l l .

Die erste "Stelle", die eine Entscheidung legal nicht umgehen kann, wenn sie darum angegangen wird, ist das Verwaltungsgericht. Dieses hat jedoch nicht über den versäumten Widerspruch, sondern über die Klage zu befinden.

Der formal-logische Schluß der analogen Anwendung des § 60 Abs. 4 VwGO auf das Vorverfahren, der das nicht passende Tatbestandsmerkmal "Gericht" durch das sinngemäß entsprechende "Verwaltungsbehörde" ersetzt, scheint an der strukturellen Verschiedenheit des verwaltungsgerichtlichen und administrativen Verfahrens zu scheitern.

Die Analogie besteht in der Anwendung eines gesetzlich geregelten Tatbestandes auf einen anderen ähnlichen Tatbestand[23]. Will man jedoch lediglich aus der Ähnlichkeit zweier Tatbestände eine Folgerung ziehen, so steht man vor der Alternative: Analogieschluß oder Umkehrschluß, die beide logisch gleichberechtigt sind, aber zu entgegengesetzten Ergebnissen führen. Die Abgrenzung zwischen Analogieschluß und argumentum e contrario kann daher nicht mit Hilfe logischer Prinzipien gezogen werden. Der Analogieschluß ist nur gerechtfertigt, wenn eine Ähnlichkeit des gesetzlich geregelten Tatbestandes mit einem anderen Tatbestand in den für die rechtliche Beurteilung w e s e n t l i c h e n Merkmalen vorliegt[24]; andern-

---

23) ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, S. 143; NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre, S. 146; SCHACK, "Analogie" und "Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken" bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, in: Festschrift für Laun, (1948), S. 273 (278); LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 287.

24) LARENZ, (Fn. 23), S. 288; NAWIASKY, (Fn. 23), S. 146: "...wegen Gleichheit des Grundes".; KLUG, Juristische Logik, S. 119 bemängelt das Fehlen einer exakten Definition der Ähnlichkeit und behilft sich mit einem "Ähnlichkeitskreis", S. 124 ff.

falls ist der Umkehrschluß zu ziehen. Die Feststellung der für die rechtliche Bewertung wesentlichen Tatbestandsmerkmale ist ein Werturteil und muß "von dem Zweck und dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung"[25] her getroffen werden. Nur die Heranziehung teleologischer Kriterien verhilft zu einem logisch und juristisch gleichermaßen haltbaren Analogieschluß.

Wenn die entsprechende Anwendung einer Bestimmung bereits vom Gesetz angeordnet ist,also die Berechtigung einer Analogie nicht in Frage steht, muß beim Analogieschluß genauso vom Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ausgegangen werden.

Die Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag ist eine geschriebene Kompetenz des Sachzusammenhangs. Über einen Rechtsbehelf befinden heißt, über seine Zulässigkeit und Begründetheit entscheiden. Die Stelle, die über einen versäumten Rechtsbehelf zu befinden hat, kann dies nur, wenn sie in vollem Umfange über seine Zulässigkeit, also auch über die Möglichkeit der Wiedereinsetzung, entscheiden darf. Das Wiedereinsetzungsverfahren ist lediglich ein Ausschnitt des Verfahrens über den versäumten Rechtsbehelf, nämlich über eine seiner Zulässigkeitsvoraussetzungen. Die Entscheidungsbefugnis über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung einer Rechtsbehelfsfrist steht daher notwendigerweise der Stelle zu, die über den versäumten Rechtsbehelf zu befinden hat.

Nun berührt die Zulässigkeit des Widerspruchs, insbesondere seine Rechtzeitigkeit, als Sachurteilsvoraussetzung zugleich die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage. Das Verwaltungsgericht prüft im Rahmen der Zulässigkeit der Klage,

---

25) So LARENZ, (Fn. 23), S. 288; vgl. auch ENGISCH, (Fn. 23), S. 145; NAWIASKY, (Fn. 23), S. 147/148; SCHACK, (Fn. 23), S. 278/279. Auch KLUG, (Fn. 24), S. 126 zieht teleologische Kriterien heran, "so lange der betreffende Ähnlichkeitskreis noch nicht definiert ist".
OLG Freiburg v. 21.6.51 - NJW 1952, 886 (887): "Zurückgehen auf die mit der Gesetzesfassung verfolgten Absichten und Zwecke des Gesetzgebers unumgänglich".

ob ein form- und fristgerechter Widerspruch vorliegt, prüft also die Zulässigkeit des Widerspruchs und hat insoweit gleichfalls über den versäumten Rechtsbehelf, den Widerspruch, zu befinden. Das Verwaltungsgericht ist daher, wenn die Klage in der Hauptsache bereits r e c h t s h ä n g i g ist, zur Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist zuständig.

Durch die Zuständigkeit der Stelle, die über den versäumten Rechtsbehelf befindet, soll auch der Zusammenhang der Wiedereinsetzung mit der Hauptsache gewahrt bleiben. Deshalb ist von der Rechtsprechung für das gerichtliche Verfahren bereits zutreffend gefolgert worden, daß die Zuständigkeit für die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung einer Verfahrensfrist nur so lange besteht, als die Hauptsache in dieser Instanz anhängig ist und die Kompetenz in jeder Hinsicht (auch für die Wiedereinsetzung) endet, wenn der Rechtsstreit in der nächsten Instanz schwebt. So entscheidet im Zivilprozeß über einen vom Berufungsgericht nicht beschiedenen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist das Revisionsgericht[26]. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist unstreitig, daß das Berufungsgericht über einen Antrag auf Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Klagefrist befindet, wenn der Kläger den Antrag zugleich mit der Berufung oder erst im Verlauf des Berufungsverfahrens stellt[27]. Entsprechendes gilt auch für das Revisionsgericht[28].

Mit der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist wird keineswegs behauptet, daß zwischen dem Vor-

---

26) BGH v. 6.10.52 - BGHZ 7, 280 (283 f.);
vgl. auch BayObLG v. 29.4.60 - NJW 1960, 1730;

27) BayVGH v. 11.4.49 - VerwRspr. 2, 117 f.;
OVG Berlin v. 6.5.52 - DÖV 1953, 123;
OVG Münster v. 17.11.53 - VerwRspr. 6, 781;
EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 25; KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 3; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 21; ULE, § 60 VwGO Anm. II, S. 226.

28) So bereits PreußOVG v. 7.6.21 - OVGE 76, 490 (493-495) in Bestätigung der früheren Rechtsprechung.

verfahren und dem sich anschließenden Verwaltungsgerichtsverfahren ein einheitlicher Instanzenzug besteht. Der Kompetenzübergang beruht auch nicht auf der Rechtsmittelähnlichkeit[29] der dem Vorverfahren folgenden Anfechtungs- oder Versagungsgegenklage. Es geht hier nicht um den "Grundsatz der Konnexität im Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgericht"[30], sondern ganz einfach um den engen Zusammenhang mit der Hauptsache. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Widerspruchsfrist beginnt zeitlich mit der tatsächlichen Klageerhebung in der Hauptsache und ergibt sich durch teleologische Analogie[31].

Die Berechtigung des Analogieschlusses kann auch nicht deshalb angezweifelt werden, weil über die versäumte Rechtshandlung, den Widerspruch, die Widerspruchsbehörde zu entscheiden hat, während das Verwaltungsgericht über die Klage befindet. Man darf sich nicht nur an den bloßen Wortlaut klammern; es geht sowohl im Widerspruchsverfahren als auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren um den materiellrechtlichen Anspruch des Betroffenen auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts bzw. auf Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsakts[32].

Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, daß das Verwaltungsgericht in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen prüfen muß, ob fristgerecht Widerspruch eingelegt oder zu Recht Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist gewährt oder abgelehnt worden ist. Die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs

---

29) Vgl. hierzu MENGER, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 134 ff.; WACKE, Gegenstand und Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Klage, AöR 79, 158 (163 ff.).
Ablehnend BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Gedächtnisschrift für W.Jellinek, S. 361 (384 ff.) unter starker Betonung der Unterschiede beider Verfahren.

30) So unzutreffend OVG Lüneburg, (Fn. 20).

31) Vgl. zu diesem Begriff ENGISCH, (Fn. 23), S. 147.

32) Vgl. zu der umstrittenen Frage, was Streitgegenstand der Anfechtungsklage ist. KLINGER, § 79 VwGO Anm. A und die dort in den Fußnoten angeführte Literatur.

ist Sachurteilsvoraussetzung und bei schuldhaft verspäteter Einlegung des Widerspruchs ist die Klage als unzulässig abzuweisen. Prüfung von Amts wegen bedeutet, daß das Verwaltungsgericht weder an Parteianträge noch an die Wiedereinsetzungsentscheidung der Verwaltungsbehörde gebunden ist und auch die notwendige Rechtsfolge setzen darf.
Wenn das Verwaltungsgericht prüft, ob bei dem verspäteten Widerspruch die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung gegeben sind oder nicht, entscheidet es über das Vorliegen einer Sachurteilsvoraussetzung und über die Zulässigkeit der Klage. Die Kompetenz hierzu kann dem Verwaltungsgericht nicht abgesprochen werden.

5. Kapitel:

DAS WIEDEREINSETZUNGSVERFAHREN

§ 14 Die analoge Anwendbarkeit der §§ 233 ff. ZPO auf die Wiedereinsetzung gemäß § 60 VwGO

Die analoge Anwendung der §§ 233 ff. ZPO über § 173 VwGO hängt davon ab, ob die Vorschrift des § 60 VwGO lückenhaft ist und einer Ergänzung bedarf oder ob die Regelung abschließend[1] ist und deshalb die Heranziehung der ZPO-Bestimmungen nicht erlaubt.

In der Tat enthält § 60 VwGO gegenüber den zivilprozessualen Wiedereinsetzungsvorschriften erhebliche Unterschiede. Wiedereinsetzungsgrund ist mangelndes Verschulden (§ 60 Abs. 1 VwGO) im Gegensatz zu Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen (§ 233 Abs. 1 ZPO). Der Wiedereinsetzungsantrag muß neben einer Begründung nicht zwingend die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten (§ 236 Ziff. 2 ZPO - § 60 Abs. 2 Satz 2 VwGO). Gemäß § 60 Abs. 2 Satz 4 VwGO ist ein Antrag auf Wiedereinsetzung sogar entbehrlich. Nach Ablauf eines Jahres seit dem Ende der versäumten Frist ist der Wiedereinsetzungsantrag gemäß § 234 Abs. 3 ZPO unzulässig, während nach § 60 Abs. 3 VwGO die Wiedereinsetzung noch beantragt werden kann, wenn der Antrag vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt nicht gestellt werden konnte. In Abweichung von § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist nach § 60 Abs. 5 VwGO die gewährte Wiedereinsetzung unanfechtbar.

Andererseits zeigt § 60 VwGO zahlreiche, manchmal sogar wörtliche Übereinstimmungen mit den §§ 233 ff. ZPO. Der Wiedereinsetzungsantrag muß jeweils innerhalb von zwei Wochen nach Wegfall

---

1) So REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 3; NIEDERMAYER, Urteilsanmerkung, NJW 1961, 621; BOECKH, Urteilsanmerkung, NJW 1962, 317 (318); JECHT, Zur Form der Wiedereinsetzungsentscheidung im Verwaltungsgerichtsprozeß, NJW 1964, 533; Einzelbegründung zu § 24 EVwVerfG 1963, S. 130.

des Hindernisses gestellt werden (§ 234 Abs. 1 und 2 ZPO - § 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Innerhalb der Antragsfrist muß die versäumte Rechtshandlung nachgeholt werden (§ 236 Ziff. 3 ZPO - § 60 Abs. 2 Satz 3 VwGO). Über den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet immer das Gericht, das über die versäumte Rechtshandlung zu befinden hat (§ 237 ZPO - § 60 Abs. 4 VwGO). Diese Kombination sinngemäßer Wiederholung von ZPO-Vorschriften und deutlicher Abweichung hiervon in § 60 VwGO läßt den Gedanken an eine völlig neue Regelung der Wiedereinsetzung aufkommen[2]. Es muß allerdings in Zweifel gezogen werden, ob es sich um eine erschöpfende Regelung handelt. § 60 VwGO enthält keine Bestimmung über die Form des Wiedereinsetzungsantrags, über das zu beachtende Verfahren, die Form der Wiedereinsetzungsentscheidung und über die Art des Rechtsbehelfs, mit dem die Versagung der Wiedereinsetzung angefochten werden kann. Nun bedeutet das Fehlen einer der ZPO entsprechenden Bestimmung nicht notwendig eine Lücke[3], die über § 173 VwGO die analoge Anwendung der §§ 233 ff. ZPO rechtfertigt. Es ist durchaus denkbar, daß für den Wiedereinsetzungsantrag auf eine zwingende Formvorschrift bewußt verzichtet worden ist, da ein Antrag nach § 60 Abs. 2 Satz 4 VwGO ohnehin entbehrlich ist, wenn die versäumte Rechtshandlung nachgeholt ist. Andererseits ist ein formloser Wiedereinsetzungsantrag schwer denkbar, da an den Inhalt des Antrags gewisse Anforderungen gestellt werden[4].

Auf keinen Fall können aber das Wiedereinsetzungsverfahren, die Form der Wiedereinsetzungsentscheidung und die Frage, mit welchem Rechtsbehelf diese Entscheidung angefochten werden kann, dahingestellt bleiben. Versteht man die Regelung in § 60 VwGO aber als abschließend, so muß die Antwort hierauf dieser Vorschrift entnommen werden können.

---

2) Ähnlich auch PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 4 b für den mit § 60 VwGO inhaltsgleichen § 67 SGG.

3) So insbesondere NIEDERMAYER, (Fn. 1), S. 621.

4) Vgl. hierzu § 7 III, S. 60.

Die Wiedereinsetzung bei Versäumung einer Rechtsbehelfsfrist betrifft eine Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsbehelfs, nämlich seine Rechtzeitigkeit. Das Wiedereinsetzungsverfahren ist daher ein Teil des Rechtsbehelfsverfahrens. Das Verfahren bei der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung des Widerspruchs muß daher als Ausschnitt des Widerspruchsverfahrens dessen Regeln unterliegen.

Die für die Wiedereinsetzungsentscheidung maßgebliche Form ergibt sich eindeutig aus der Rechtsnatur dieser Entscheidung. Die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag ist als Klärung eines Zulässigkeitserfordernisses eine Teilentscheidung über den nachgeholten Rechtsbehelf[5] und hat daher in derselben Form zu ergehen wie die Rechtsbehelfsentscheidung. Die Entscheidung über die Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist bedarf daher derselben Form wie die Entscheidung über den Widerspruch.

Auch die in § 60 VwGO fehlenden Vorschriften über das Anfechtungsverfahren stehen auf Grund der Rechtsnatur der Wiedereinsetzungsentscheidung fest. Als Teilentscheidung über den Widerspruch ist die Entscheidung über die beantragte Wiedereinsetzung mit demselben Rechtsbehelf anfechtbar wie die Widerspruchsentscheidung.

Diese Folgerungen ergeben sich aus dem Wesen der Wiedereinsetzung und sind in § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO festgelegt. Auch § 236 Abs. 1 Satz 1 ZPO und § 238 Abs. 1 Satz 1 ZPO enthalten Bestimmungen, die sich aus der natürlichen Akzessorietät der Wiedereinsetzung von der nachgeholten Rechtshandlung und deren rechtlichem Schicksal ergeben.

Die eben entwickelten Ergebnisse können daher bequemer durch analoge Anwendung des § 238 ZPO gewonnen werden[6]. Die analoge

---

5) Vgl. hierzu näher § 17, S. 136 ff.

6) Die Praxis behilft sich auch weitgehend mit der analogen Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften:
BayVGH v. 4.11.60 - NJW 1961, 621;
OVG Münster v. 9.2.61 - DÖV 1961, 957;
OVG Hamburg v. 16.6.61 - NJW 1961, 2368;
OVG Lüneburg v. 6.8.63 - NJW 1964, 169;
EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 29; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. XIII 5; ULE, § 60 VwGO Anm. II, S. 226.

Anwendung von ZPO-Vorschriften auf die Wiedereinsetzung bei Versäumung der Widerspruchsfrist als Verwaltungsverfahrensfrist begegnet keinerlei Bedenken, da die angeführten ZPO-Bestimmungen der Tatsache Rechnung tragen, daß die Wiedereinsetzung ergänzend zum nachgeholten Widerspruch hinzutritt.

§ 15 Die Anhörung Betroffener

I. Die Anhörung Dritter

§ 60 VwGO schreibt nicht ausdrücklich vor, daß vor Ergehen der Wiedereinsetzungsentscheidung alle Beteiligten gehört werden müssen[1]. Nach § 71 VwGO soll ein Dritter nur gehört werden, wenn ihn die Aufhebung oder Änderung eines Verwaltungsakts beschweren kann. Obwohl die Anhörung des Dritten nur als Sollvorschrift gefaßt ist, folgt aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) die Verpflichtung, vor beschwerenden Eingriffen die Betroffenen zu hören[2]. Da auf das Wiedereinsetzungsverfahren dieselben Verfahrensvorschriften anzuwenden sind, die für die versäumte Rechtshandlung gelten[3], ergibt sich aus § 71 VwGO, daß ein Dritter vor Gewährung der Wiedereinsetzung gehört werden muß, wenn ihn diese Entscheidung beschweren kann. Nun zeigt die positive Wiedereinsetzungsentscheidung als solche keine unmittelbare Beschwer für den Dritten. Nur wenn bereits ein für den Dritten günstiger, abweisender Widerspruchsbescheid erlassen worden ist, bedeutet die nachträgliche Wiedereinsetzung praktisch die Beseitigung des Widerspruchsbescheids. Ist noch kein Widerspruchsbescheid ergangen, so steht mit der gewährten Wiedereinsetzung nicht fest, ob die begehrte sachliche Änderung

---

1) Vgl. dagegen § 33 Abs. 3 VGG; § 22 Abs. 3 BVerwGG; siehe auch § 62 SGG.

2) BVerwG v. 1.10.63 - DVBl. 1965, 26 (28); EYERMANN-FRÖHLER, § 71 VwGO Rn. 2; KOEHLER, § 71 VwGO Anm.II; REDEKER-VON OERTZEN, § 71 VwGO Anm. 2; SCHUNCK-DE CLERCK, § 71 VwGO Erl. 2 b.

3) Vgl. hierzu § 14, S. 121 ff.

oder Aufhebung des ursprünglichen Verwaltungsakts tatsächlich erfolgen wird. Es besteht lediglich eine Gefahr für den Bestand dieses Verwaltungsakts. Da die positive Wiedereinsetzungsentscheidung einen Teil der Entscheidung über den Widerspruch darstellt[4], ist sie eine Vorstufe zur möglichen Aufhebung oder Änderung des Verwaltungsakts. Die Anhörung des Dritten gemäß § 71 VwGO ist daher, wenn ihn die Aufhebung oder Änderung des Verwaltungsakts beschweren kann, bereits im Stadium des Wiedereinsetzungsverfahrens nötig. Der betroffene Dritte soll die Gelegenheit erhalten, dem Abänderungsbegehren des Widerspruchsführers bereits mit formalen Gründen und nicht erst mit sachlichen Argumenten entgegentreten zu können.
Das Unterlassen der Anhörung läßt die Wirksamkeit der Wiedereinsetzungsentscheidung und des Widerspruchsbescheids unberührt. Dies ist jedoch ein wesentlicher Verfahrensfehler, der zur Aufhebung führt, wenn die Entscheidung auf ihm beruht[5].

II. Die Anhörung Beteiligter

Wenn das Gericht über den Wiedereinsetzungsantrag befindet[6], müssen sämtliche Beteiligten (§ 63 VwGO) vor der Entscheidung gehört werden[7], obwohl dies nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist. Diese Anhörungspflicht folgt direkt aus Art. 103 Abs. 1 GG, wie bereits für das zivilprozessuale Verfahren die Pflicht zur Anhörung der Gegenpartei vor der Entscheidung über einen Wie-

---

4) Vgl. zur Rechtsnatur der Wiedereinsetzungsentscheidung § 17, S. 136 ff.

5) BVerwG v. 1.10.63 - DVBl. 1965, 26 (29); EYERMANN-FRÖHLER, § 71 VwGO Rn. 2; REDEKER-VON OERTZEN, § 72 VwGO Anm. 2; a.A. KLINGER, § 71 VwGO Anm. in Widerspruch zu § 73 VwGO Anm. B 5; KOEHLER, § 71 VwGO Anm. II; ULE, §§ 69-73 VwGO Anm. III 1, S. 256.

6) Vgl. zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts § 13, S. 109 ff.

7) So auch EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 28; KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 3; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 20; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 4; wohl auch ULE, § 60 VwGO Anm. II S. 226.

dereinsetzungsantrag unmittelbar aus Art. 103 Abs. 1 GG entnommen wurde[8].

Unterbleibt die Anhörung eines Beteiligten, so können die gewöhnlichen Rechtsmittel eingelegt werden und soweit die Versagung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des normalen Instanzenzuges irreparabel ist, ist Verfassungsbeschwerde zulässig[9]. Fraglich ist nur, ob jemand, der noch nicht Beteiligter ist, bereits beigeladen werden muß, wenn zunächst nur die Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist behandelt wird. Die Frage, ob ein Fall der Beiladung (§ 65 VwGO) vorliegt, richtet sich nur danach, ob durch die Entscheidung in der Hauptsache rechtliche Interessen Dritter berührt werden (einfache Beiladung) oder ob Dritte an dem Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, daß die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann (notwendige Beiladung). Im Falle der einfachen Beiladung ist dies ohne besondere Bedeutung, da eine einfache Beiladung gar nicht angeordnet werden muß.

Das Problem wird erst akut, wenn die Hauptsache eine notwendige Beiladung erforderlich macht. Genügt es hier, wenn die Beiladung erst angeordnet wird, wenn zur Sache verhandelt wird? Nach dem Zweck der Beiladung muß diese Frage verneint werden. Die Beiladung dient vor allem dem Interesse des Beigeladenen, der die rechtliche Möglichkeit erhalten soll, auf den Verfahrensablauf Einfluß zu nehmen, um eine Entscheidung, die seine Rechtsstellung beeinträchtigen könnte, zu verhindern[10]. Ist also auf Grund der Hauptsache eine notwendige Beiladung angezeigt, so soll diese bereits angeordnet werden, bevor die Wiedereinsetzungsentscheidung getroffen wird. Nur wenn der Dritte die Gelegenheit hat, bereits zur Zulässigkeit der Klage[11] Stel-

---

8) BVerfG v. 28.11.58 - BVerfGE 8, 253 (255).

9) BVerfG, wie Fn. 8).

10) BETTERMANN, Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren, DVBl. 1951, 39 (40 und 74).

11) Die eventuelle Unzulässigkeit der Klage hindert die Beiladung nicht, EYERMANN-FRÖHLER, § 65 VwGO Rn. 13, 15; ULE, § 65, 66 VwGO Anm. I 2 a, S. 234; KLINGER, § 65 VwGO Anm. E 4; ZIEMER-BIRKHOLZ, § 60 FGO Rn. 17.

lung zu nehmen, kann er wirksam den Bestand des ihm günstigen Verwaltungsakts verteidigen.
Die Folgen einer unterbliebenen notwendigen Beiladung sind noch nicht völlig geklärt. Auf alle Fälle zeigt das Urteil keine Erstreckung der materiellen Rechtskraft auf nicht beigeladene Dritte (§ 121 VwGO). Nach überwiegender Meinung fehlt einem derartigen Urteil außerdem die Gestaltungswirkung, so daß es unwirksam ist[12], ausgenommen, es handelt sich um ein klageabweisendes Urteil[13].
Ebenso verhält es sich, wenn eine Wiedereinsetzungsentscheidung dem Urteil vorausgeht. Wurde die Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist versagt und die Klage folgerichtig als unzulässig abgewiesen oder trotz gewährter Wiedereinsetzung (wegen eines anderen Mangels) als unzulässig oder unbegründet abgewiesen, so ist die unterlassene notwendige Beiladung für den Dritten nicht nachteilig. Das Urteil ist daher wirksam. Das Urteil ist lediglich unwirksam, wenn die Wiedereinsetzung gewährt und dem Klagebegehren stattgegeben wurde.

§ 16 Die Form der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag

Es wurde bereits an anderer Stelle dargelegt, daß die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist als Teilentscheidung über den Widerspruch derselben Form bedarf wie die Widerspruchsentscheidung[1].

---

12) BVerwG v. 27.3.63 - BVerwGE 16, 23 (25);
BVerwG v. 10.3.64 - BVerwGE 18, 124 (126);
EYERMANN-FRÖHLER, § 65 VwGO Rn. 39; KLINGER, § 65 VwGO Anm. D 3 c mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung;
REDEKER-VON OERTZEN, § 65 VwGO Anm. 22; ZIEMER-BIRKHOLZ, § 60 FGO Rn. 109.

13) BVerwG v. 10.3.64 - BVerwGE 18, 124 (127).

1) Vgl. hierzu § 14, S. 121 ff.

I. Die Entscheidung der Erlaßbehörde

Die Erlaßbehörde gewährt die Wiedereinsetzung im Abhilfebescheid (§ 72 VwGO), also auf alle Fälle schriftlich. Ein gesonderter Wiedereinsetzungsbescheid ist denkbar, aber nicht zu empfehlen. Ob eine Begründung oder Zustellung der Entscheidung nötig ist, richtet sich nach den Regeln, die beim Erlaß des beanstandeten Verwaltungsakts maßgebend waren und die auch im Abhilfeverfahren gelten. Fehlen spezielle Vorschriften, so sind die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsverfahrens heranzuziehen[2].

II. Die Entscheidung der Widerspruchsbehörde

Auch die Widerspruchsbehörde entscheidet über einen Antrag auf Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist in derselben Form wie über den Widerspruch, also durch einen Bescheid (§ 73 VwGO), einen sogenannten Wiedereinsetzungsbescheid[3]. Die Entscheidung ergeht also in jedem Falle schriftlich. Die Widerspruchsbehörde prüft die Zulässigkeit des Widerspruchs einschließlich der Frage, ob dem Widerspruchsführer Wiedereinsetzung gewährt werden kann oder nicht. Die Wiedereinsetzung oder ihre Ablehnung kann dann mit der Entscheidung über den Widerspruch im Tenor des Widerspruchsbescheids erfolgen. Die Widerspruchsbehörde kann den Widerspruch aber auch als unzulässig zurückweisen oder sachlich bescheiden und in den Gründen ausführen, warum sie die beantragte Wiedereinsetzung versagt oder gewährt hat. Es ist nicht nötig, daß die Ablehnung der Wiedereinsetzung immer im Tenor zum Ausdruck gebracht wird[4].
Die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag kann auch in einem gesonderten Bescheid getroffen werden. Hierfür wird aber

---

2) REDEKER-VON OERTZEN, § 72 VwGO Anm. 3.

3) So wohl auch BURI, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Widerspruchsverfahren, DÖV 1963, 498 (499) "Wiedereinsetzungsbescheid".

4) A.A. KLINGER, § 60 VwGO Anm. E 3; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 4 für das gerichtliche Verfahren.

im Vorverfahren meist kein Bedürfnis vorliegen. Eine getrennte Entscheidung ist im allgemeinen weder für die Gewährung noch für die Versagung sinnvoll.

Die Entscheidung über die beantragte Wiedereinsetzung muß, wie jeder Widerspruchsbescheid, begründet werden (§ 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO), gleichgültig, ob die Wiedereinsetzung gewährt oder abgelehnt wird. Die Begründung muß ergeben, von welchen Tatsachen ausgegangen worden ist und welche rechtlichen Erwägungen die Entscheidung tragen. Vor allem soll der Betroffene in der Lage sein, sich über die Aussichten einer Klage ein Bild zu machen. Fehlt die Begründung, so ist die Wiedereinsetzungsentscheidung deshalb nicht nichtig[5]. Alleine wegen dieses Mangels ist weder die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag noch der Widerspruchsbescheid aufzuheben.

Der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist muß die Widerspruchsbehörde, wie auch jedem Widerspruchsbescheid, eine schriftliche Rechtsmittelbelehrung beifügen (§ 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO). Ist ein gesonderter Wiedereinsetzungsbescheid ergangen, so muß in der Rechtsmittelbelehrung darauf hingewiesen werden, daß diese Entscheidung nicht selbständig, sondern nur zusammen mit der Entscheidung in der Sache angefochten werden kann[6]. Ergeht kein Widerspruchsbescheid, so ist die verwaltungsgerichtliche Klage nach §§ 75, 76 VwGO zulässig[7], worüber aber nicht notwendig belehrt werden muß[8]. Wenn über die beantragte Wieder-

---

5) H.M., KLINGER, § 73 VwGO Anm. B 2 a; REDEKER-VON OERTZEN, § 73 VwGO Anm. 18 jeweils mit weiteren Nachweisen.

6) Vgl. zur Anfechtbarkeit § 18, S. 141.

7) Ein Wiedereinsetzungsbescheid ist als vorbereitende Nebenentscheidung (vgl. § 17) keine "sachliche" Entscheidung im Sinne des § 75 VwGO.

8) H.M.; EYERMANN-FRÖHLER, § 76 VwGO Rn. 1; SCHUNCK-DE CLERCK, § 76 VwGO Erl. 1 c; ULE, § 76 VwGO Anm. II 2 b;
VG Frankfurt v. 4.7.63 - DVBl. 1963, 735;
OVG Münster v. 10.6.64 - DVBl. 1965, 249;
a.A. KOEHLER, § 76 VwGO Anm. II 4; BETTERMANN, Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrags, NJW 1960, 1081 (1083).

einsetzung im Widerspruchsbescheid entschieden worden ist, ist der Bescheid ohnehin mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Darin muß deutlich zum Ausdruck kommen, daß die Klage zum Verwaltungsgericht gleichzeitig auch gegen die in diesem Widerspruchsbescheid getroffene Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag erhoben werden kann. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 73 Abs. 3 VwGO muß die Rechtsmittelbelehrung auch erteilt werden, wenn dem Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben worden ist. Fehlt dem Wiedereinsetzungsbescheid die Rechtsmittelbelehrung oder ist sie nicht formgerecht oder inhaltlich unrichtig, bleibt die Wirksamkeit der Entscheidung und des Widerspruchsbescheids unberührt.

Die Widerspruchsbehörde muß jede die Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist betreffende Entscheidung zustellen (§ 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO), und zwar nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes (§ 56 Abs. 2 VwGO). Darauf muß vor allem geachtet werden, wenn die Wiedereinsetzung in einem gesonderten Bescheid gewährt oder versagt ist. Ergeht die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag im Widerspruchsbescheid, so wird sie bereits mit diesem zugestellt. Zustellungsmängel haben die Unwirksamkeit der Zustellung zur Folge und mit der Zustellung beginnende Fristen werden nicht in Lauf gesetzt. Da die Wiedereinsetzungsentscheidung nicht selbständig angefochten werden kann, wird durch ihre Zustellung keine Frist in Lauf gesetzt und Zustellungsmängel haben insoweit keine Rechtsfolgen.

Wie der Widerspruchsbescheid bestimmt, wer die Kosten zu tragen hat (§ 73 Abs. 3 Satz 2 VwGO), so muß auch im Wiedereinsetzungsbescheid eine Entscheidung darüber getroffen werden, wer die Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens trägt[9].

III. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Wenn das Verwaltungsgericht über einen Antrag auf Wiedereinsetzung - wohlgemerkt nicht im Rahmen eines Anfechtungsverfah-

---

9) Vgl. wegen der Kostenentscheidung § 20, S. 154.

rens gegen die Wiedereinsetzungsentscheidung der Widerspruchsbehörde - zu befinden hat[10], so ist nicht ganz eindeutig, welche Entscheidungsform zu wahren ist. Die Schwierigkeit besteht darin, daß über den versäumten und nachgeholten Widerspruch nicht mehr entschieden werden muß, weil die Voraussetzungen des § 75 VwGO gegeben sind, oder sogar ein Widerspruchsbescheid ergangen ist und nur die Frage der Wiedereinsetzung nicht geklärt ist. Da das Verwaltungsgericht nur über die Klage zu entscheiden hat, steht keine Entscheidungsform zur Verfügung, die für die versäumte Rechtshandlung, den Widerspruch, gelten und die für die Wiedereinsetzung entsprechend angewendet werden könnte.

Nun wurde bereits ausgeführt, daß das Gericht, wenn es im Rahmen der Zulässigkeit der Klage die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs prüft, insoweit über den versäumten Widerspruch befindet[11]. Da die Wahrung der Widerspruchsfrist ebenso wie die Einhaltung der Klagefrist eine Sachentscheidungsvoraussetzung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist, ist für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist dieselbe Form angebracht wie für die Wiedereinsetzungsentscheidung wegen Nichteinhaltung der Klagefrist. Die Entscheidung des Gerichts über die Wiedereinsetzung wegen Überschreitung der Widerspruchsfrist ist eine Teilentscheidung über die Zulässigkeit der Klage. Sie hat daher in der Form zu ergehen, die für die Entscheidung über die Klage vorgeschrieben ist. Das Gericht kann über einen Antrag auf Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist - wie bei Versäumung der Klagefrist - durch Zwischenurteil (§ 109 VwGO), im Endurteil oder in einem Vorbescheid (§ 84 VwGO) entscheiden[12].

---

10) Vgl. hierzu § 13, S. 109 ff.

11) Vgl. hierzu § 13, S. 109 ff.

12) So unbestritten für die Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag bei Nichteinhaltung der Klagefrist.
EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 29; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. XIII 5; ULE, § 60 VwGO Anm. II, S. 226;
BayVGH v. 4.11.60 - NJW 1961, 621;
OVG Münster v. 9.2.61 - DÖV 1961, 957;
OVG Hamburg v. 16.6.61 - NJW 1961, 2368;
OVG Lüneburg v. 6.8.63 - NJW 1964, 169.

Unklarheit besteht darüber, ob die die Wiedereinsetzung betreffende Entscheidung auch durch Beschluß ergehen darf[13]. Im Vordergrund steht dabei die Streitfrage, ob die Regelung in § 60 VwGO lückenhaft ist und eine Heranziehung des § 238 ZPO geboten ist[14] oder ob § 60 VwGO eine abschließende Regelung darstellt und dieser Rückgriff gar nicht erlaubt ist[15]. Außerdem werden aus dem Wortlaut des § 60 VwGO Folgerungen für die Entscheidungsform gezogen. Da § 60 Abs. 4 VwGO vorsieht, daß das Gericht über den Wiedereinsetzungsantrag "entscheidet"[16], vermutet JECHT[17], daß die Art und Form der richterlichen Entscheidung nicht durch eine gesetzliche Regelung festgelegt werden sollte und daher wie vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung entweder in Verbindung mit der Hauptsache durch Urteil oder vorab durch Beschluß zu entscheiden sei. Nach SEUBERT[18] beruht das Weglassen des Wortes "Beschluß" in § 60 VwGO, der im übrigen wortwörtlich mit § 67 SGG übereinstimmt, auf einem "redaktionellen Versehen", während andererseits darin eine bewußte Angleichung an § 237 ZPO gesehen wird[19].

Nun läßt sich nicht leugnen, daß § 60 VwGO keine Vorschriften über die Form des Antrags und der Entscheidung und über das

---

13) So BVerwG v. 29.11.63 - NJW 1964, 564; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 20; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 4; KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 3; JECHT, Zur Form der Wiedereinsetzungsentscheidung im Verwaltungsgerichtsprozeß, NJW 1964, 533 f.; NIEDERMAYER, Urteilsanmerkung, NJW 1961, 621; BOECKH, Urteilsanmerkung, NJW 1962, 317; SEUBERT, Zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, BayVBl. 1963, 208;
a.A. die in Fn. 12) Genannten.

14) So die in Fn. 12) angeführte Literatur und Rechtsprechung.

15) So JECHT, (Fn. 13), S. 533; BOECKH, (Fn. 13), S. 318; NIEDERMAYER, (Fn. 13), S. 621.

16) Abweichend § 22 Abs. 3 BVerwGG "durch Beschluß", § 33 Abs. 3 VGG "beschließt" und § 67 Abs. 4 Satz 2 SGG "Beschluß".

17) JECHT, (Fn. 13), S. 533.

18) SEUBERT, (Fn. 13), S. 208.

19) So BayVGH v. 4.11.60 - NJW 1961, 621.

Anfechtungsverfahren enthält. Wie bereits ausgeführt[20], war eine Regelung dieser Fragen nicht unbedingt notwendig, da sich die Antwort hierauf aus der Rechtsnatur der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ergibt. Die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag stellt klar, ob die Versäumung der Widerspruchsfrist entschuldbar ist und der nachgeholte Widerspruch als rechtzeitig erhoben gilt. Die Entscheidung ist daher eine Entscheidung über die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs, also ein Teil der Entscheidung über die Zulässigkeit des Widerspruchs. Sie muß daher notwendig in der Form ergehen, in der über den nachgeholten Widerspruch entschieden wird. Das Gericht entscheidet über die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs und über die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung bei Versäumung der Frist im Rahmen der Zulässigkeit der Klage. Als Entscheidungsformen kommen daher n u r Urteil und Vorbescheid in Frage. Eine Entscheidung durch Beschluß ist - mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Festlegung in § 60 Abs. 4 VwGO - nicht möglich[21]. Auch wenn das Gericht durch besonderen Beschluß[22] das Verfahren auf die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag beschränkt hat, darf die Entscheidung nicht durch Beschluß ergehen[23].

IV. Keine stillschweigende Wiedereinsetzung möglich

Es soll noch mit aller Entschiedenheit betont werden, daß eine stillschweigende Wiedereinsetzung nicht zulässig

---

20) Vgl. hierzu § 14, S. 121 ff.

21) Dies gilt daher auch für die gerichtliche Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag bei Versäumung der Klagefrist.

22) BVerwG v. 26.2.54 - BVerwGE 1, 84;
ULE, § 60 VwGO Anm. II, S. 226.

23) So deutlich OVG Münster v. 9.2.61 - DÖV 1961, 957.

ist[24], auch nicht im gerichtlichen Verfahren.
Soweit der Antrag auf Wiedereinsetzung abgelehnt wird, ist dies nicht bestritten; aber auch die Gewährung der Wiedereinsetzung muß durch eine ausdrückliche Entscheidung erfolgen. Bloß aus dem Wortlaut des § 60 Abs. 4 VwGO kann das Erfordernis einer ausdrücklichen Entscheidung nicht gefolgert werden. Über einen Antrag auf Wiedereinsetzung "befinden" könnte man allenfalls auch stillschweigend durch ein Verhalten, aus dem eindeutig der Wille hervorgeht, Wiedereinsetzung zu gewähren.
Wenn die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch hin eine Sachentscheidung trifft, so kann daraus nicht geschlossen werden, die Behörde habe gleichzeitig Wiedereinsetzung gewährt[25]. Es liegt vielmehr die Vermutung nahe, daß die Widerspruchsbehörde die Fristversäumung gar nicht bemerkt und das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen nicht geprüft hat, zumal die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ohne Antrag hätte erfolgen können, wenn die sonstigen Voraussetzungen hierzu gegeben sind (§ 60 Abs. 2 Satz 3 und 4 VwGO).
Eine stillschweigende Wiedereinsetzung ist jedoch nicht möglich, weil die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag in derselben Form ergehen muß wie die über die versäumte Rechtshandlung[26]. Soweit die Verwaltungsbehörde über den Wieder-

---

24) BayVGH v. 12.1.50 - VGH n.F. 3, 1 (4);
OVG Münster v. 9.1.53 - AS 7, 21 für das gerichtliche Verfahren;
EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 26; KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 3; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. XIII 6; ULE, § 60 VwGO Anm. II; REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 7; BURI, Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet?, DÖV 1962, 483 (485 sub II); ders., (Fn. 2), S. 501; WEIDES, Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlichrechtlichen Arbeit JuS 1964, 447; a.A. SCHUNCK-DE CLERCK, § 70 VwGO Erl. 6 b.

25) A.A. BVerwG v. 1.4.65 - MDR 1965, 603: "wenn die vom Gesetz berufene Stelle die Entscheidung erlassen hat, aus deren Existenz sich der Schluß rechtfertigen läßt, es sei über die Wiedereinsetzung im positiven Sinne entschieden worden".

26) Vgl. hierzu § 14, S. 121 ff.

einsetzungsantrag befindet, muß die Wiedereinsetzung durch einen schriftlichen Bescheid getroffen werden (§§ 72, 73 Abs. 3 VwGO)[27]. An diesem Erfordernis fehlt es aber, wenn lediglich eine Sachentscheidung vorliegt, die keine Stellungnahme zur Frage der Fristversäumung enthält.
Eine stillschweigende Wiedereinsetzung durch eine Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde ist auch deshalb undenkbar, weil im Vorverfahren auch die gewährte Wiedereinsetzung anfechtbar ist. Wenn eine Entscheidung anfechtbar ist, ist es notwendig, daß sie ausdrücklich ergeht und aus ihr die Tatsachen und rechtlichen Erwägungen ersichtlich sind, auf denen sie beruht. Nur so hat der Betroffene ein Angriffsobjekt und kann G e g e n argumente vorbringen; nur so ist es der zuständigen Kontrollinstanz möglich, die angefochtene Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit zu ü b e r p r ü f e n .
Wenn auch die Wiedereinsetzung nicht stillschweigend erfolgen kann, so ist doch keine gesonderte Entscheidung nötig. Die Wiedereinsetzung kann in den Gründen der Entscheidung über die nachgeholte Rechtshandlung ausgesprochen werden.
Auch in diesem Zusammenhang muß die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgelehnt werden, wonach die Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde auf einen verspätet erhobenen Widerspruch den Verwaltungsrechtsweg wiedereröffnet, ohne daß das Verwaltungsgericht von Amts wegen die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs prüfen darf[28].
Es überrascht, daß die Rechtsprechung von der Wiedereröffnung des Verwaltungsrechtswegs nicht unter dem Gesichtspunkt einer stillschweigenden Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist behandelt wird. Offenbar hat man die Überlegung gespart, warum der Gesetzgeber ausdrücklich das Institut der Wiedereinsetzung mit seinen verhältnismäßig strengen Voraussetzungen zur Verfügung gestellt hat, wenn die Widerspruchsbehörde mit einer Sachentscheidung die Rechtsfolgen der Fristversäumung ein für allemal aus der Welt schaffen könnte. So

27) Vgl. hierzu § 16 I und II, S. 128.
28) Vgl. hierzu § 3 II Fn. 10, S. 23.

betrachtet, verliert die Widerspruchsfrist ihre Bedeutung und die Vorschriften über die Wiedereinsetzung werden gegenstandslos.
Die Versäumung der Widerspruchsfrist kann daher n u r durch eine ausdrückliche Wiedereinsetzungsentscheidung geheilt werden (§ 70 Abs. 2 i.V.m. § 60 VwGO).

§ 17 Die Rechtsnatur der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag

Über die Rechtsnatur der Entscheidung über einen Antrag auf Wiedereinsetzung besteht keine Klarheit. Soweit zu dieser Frage überhaupt Stellungnahmen vorliegen, wird die Entscheidung der Widerspruchsbehörde über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist als Verwaltungsakt[1] angesehen. Hier ist zu bedenken, ob die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag mit dem Prädikat selbständiger Verwaltungsakt in ihrer Bedeutung nicht überbewertet ist.
Zunächst darf aus der Tatsache, daß die Wiedereinsetzung durch die Widerspruchsbehörde im Widerspruchsbescheid oder in einem gesonderten Bescheid gewährt oder abgelehnt wird, nicht auf ihre Qualität als Verwaltungsakt geschlossen werden. Diese für einen Verwaltungsakt typische Form kommt der Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag nicht wegen ihres inhaltlichen Gehalts zu, sondern sie ist der Form entlehnt, die für die nachgeholte Rechtshandlung maßgebend ist[2].
Ebenso darf aus der Anfechtbarkeit als solcher und der Form der Anfechtung der administrativen Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag nicht gefolgert werden, es handle sich um einen Verwaltungsakt. Daß die Entscheidung angefochten werden kann,

---

1) BURI, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Widerspruchsverfahren, DÖV 1963, 498 (499); ders., Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet?, DÖV 1962, 483 (484 Anm. 3); WEIDES, Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlichrechtlichen Arbeit, JuS 1964, 447; WOLFF, Verwaltungsrecht III, § 156 V e 2, S. 249; BRÜGELMANN-MEYER, § 153 BBauG Bem. V 1, 2; SCHÜTZ-FROHBERG, § 153 BBauG Anm. 1;
wohl auch BayVGH v. 12.1.50 - VGH n.F. 3, 1 (5).

2) Vgl. hierzu § 14, S. 121 ff.

ergibt sich aus der in § 70 Abs. 2 VwGO fehlenden Verweisung auf § 60 Abs. 5 VwGO. Daraus ist entgegen der Ansicht BURIs[3] nicht die s e l b s t ä n d i g e Anfechtbarkeit zu entnehmen[4].

Der Begriff des Verwaltungsakts ist eine Zweckschöpfung[5] der Verwaltungsrechtswissenschaft. Früher wurde unter einem Verwaltungsakt von der reinen Wortbedeutung her jede einzelne Handlung der Verwaltung verstanden[6]. Dieser nur auf den Urheber einer Maßnahme abgestellte Begriff umfaßte hoheitliche und fiskalische Akte, Rechtsetzung, Einzelakte, interne Maßnahmen, ja sogar tatsächliche Handlungen. In dieser weiten Fassung erwies er sich für Praxis und Lehre als nicht sehr nützlich und mußte sich Einengungen gefallen lassen. Es wurde zunächst ein Verwaltungsakt im engeren oder eigentlichen Sinn[7] herausgeschält. Heute wird dem Verwaltungsakt weitgehend übereinstimmend ein sehr beschränkter Begriffsinhalt[8] beigemessen und von den Prozeßgesetzen als Rechtsfigur vorausgesetzt. Danach sind wesentliche Kriterien des Verwaltungsakts, daß er nur hoheitlichem Handeln der Verwaltung[9] entspringen kann, die Regelung eines konkreten Einzelfalls oder einer Gruppe von Einzelfällen[10]

---

3) Wie Fn. 1), S. 499.

4) Siehe zur Anfechtbarkeit § 18, S. 141 ff.

5) OBERMAYER, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 43; FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 184; BVerwG v. 3.5.56 - BVerwGE 3, 258 (262).

6) G.JELLINEK, Gesetz und Verordnung, S. 221; weitere Nachweise bei FORSTHOFF, (Fn. 5), S. 181 Anm. 2; O.MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 62 Anm. 15.

7) KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 26, versteht darunter den rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakt; FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 183 f. die "mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommenen, auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Handlung".

8) Vgl. die Definitionen bei OBERMAYER, (Fn. 5), S. 83; § 27 EVwVerfG 1963.

9) FORSTHOFF, (Fn. 5), S. 183; OBERMAYER, (Fn. 5), S. 56 f.; KLINGER, § 42 VwGO Anm. E I 2 a.

10) OBERMAYER, (Fn. 5), S. 74 f.; FORSTHOFF, (Fn. 5), S. 184 f. Vgl. auch § 27, 2 EVwVerfG 1963: "der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten Personenkreis richtet". ULE, Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der Generalklausel, in: Recht-Staat-Wirtschaft III, S. 260 (263).

trifft und unmittelbare Rechtswirkung nach außen[11] hat, wobei die Adressierung des Aktes eine direkte rechtliche Wirkung des Verwaltungsakts nicht zuverlässig kenntlich macht.
Im übrigen wird der Verwaltungsakt als terminus technicus der Prozeßgesetze stark vom Rechtsschutz her interpretiert. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel haben in Literatur und Rechtsprechung zum Teil zu einer starken Ausweitung und Aufweichung des Begriffes "Verwaltungsakt" geführt. In dem Bestreben, den Staatsbürger mit einem lückenlosen Rechtsschutz zu umgeben, wird "jeder Hoheitsakt, gegen den Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz gewährt," als "Verwaltungsakt im technischen Sinn" qualifiziert[12]. Auch EYERMANN-FRÖHLER[13] charakterisieren den Verwaltungsakt dahin, daß er alle hoheitlichen Amtshandlungen umfaßt, die von den Verwaltungsgerichten überprüft werden können, also auch tatsächliche Handlungen. Ganz allgemein zeigt sich eine Tendenz an, den Begriff des Verwaltungsakts, wenn es um den Rechtsschutz geht, sehr weit zu fassen[14] oder notfalls einen Verwaltungsakt zu konstruieren[15].
So zweckmäßig es im Interesse eines einheitlichen Rechtsschutzes sein mag, alle im Subordinationsverhältnis ergangenen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt als Verwaltungsakte im Sinne der Verwaltungsgerichtsordnung zu behandeln, logisch zwingend ist dieser Schluß keineswegs. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert

---

11) OBERMAYER, (Fn. 5), S. 71 f.; FORSTHOFF, (Fn. 5), S. 182, 187; vgl. auch BACHOF, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in: Festschrift für Laforet, S. 285 (307 f.).

12) DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 24 (sub cc).

13) EYERMANN-FRÖHLER, § 42 VwGO Rn. 14, 15.

14) Neben EYERMANN-FRÖHLER, § 42 VwGO Rn. 14, 15 und DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 24; BETTERMANN, Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, 649 f.; FORSTHOFF, (Fn. 5), S. 496; ULE, (Fn. 10), S. 265 für § 25 MRVO 165, die keine Generalklausel kannte.

15) Vgl. OVG Lüneburg v. 26.1.61 - AS 16, 442 (453) "Quasianfechtungsklage", siehe hierzu auch BVerwG v. 20.7.62 - BVerwGE 14, 323 (327).

nur den Rechtsweg gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt, dem die verwaltungsgerichtliche Generalklausel Rechnung trägt, indem sie als Rechtsweg grundsätzlich den Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind aber - gerade infolge der Generalklausel[16] - nicht nur Verwaltungsakte. Der vollständige Rechtsschutz des Staatsbürgers erfordert daher keine gewaltsamen Bemühungen, jede ihn in seiner Rechtssphäre treffende Einzelmaßnahme der öffentlichen Gewalt unter den Begriff des Verwaltungsakts zu zwängen[17]. "Dieses Rechtsschutz-Zweckdenken" ist "für die Einreihung einer öffentlichrechtlichen Maßnahme unter die Verwaltungsakte nicht mehr gerechtfertigt"[18].

Für die Entscheidung der Widerspruchsbehörde über den Antrag auf Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist sind Anstrengungen, sie unter den Begriff des Verwaltungsakts zu subsumieren, überflüssig. Daß die Entscheidung anfechtbar ist, ergibt sich eindeutig aus der in § 70 Abs. 2 VwGO fehlenden Verweisung auf § 60 Abs. 5 VwGO. Die Art des Rechtsbehelfs, der gegen die Entscheidung gegeben ist, ist den Vorschriften zu entnehmen, die in dieser Beziehung für die nachgeholte Rechtshandlung, also den Widerspruch, gelten[19].

Der Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist muß die Eigenschaft eines Verwaltungsakts abgesprochen werden, weil ihr die einen Verwaltungsakt kennzeichnende unmittelbare rechtserhebliche Wirkung fehlt. Damit ein Verwaltungsakt vorliegt, muß die Rechtswirkung direkt von dem Akt selbst ausgehen und nicht erst von

---

16) Vgl. auch MÖRTEL, Auswirkungen der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungs-Rechtsprechung, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, S. 137 (141) "der Begriff des Verwaltungsaktes wurde aus ihr eleminiert".

17) RUPP, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85, 150 ff., 301 ff. (303).

18) SPANNER, Wieder einmal: Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, DÖV 1965, 154 (155).

19) Vgl. hierzu § 14, S. 121 ff.

einer Entscheidung, dessen Voraussetzung er bildet[20].
Die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag dient nur der V o r b e r e i t u n g der Entscheidung über den nachgeholten Widerspruch. Das ganze Wiedereinsetzungsverfahren wegen Versäumung der Widerspruchsfrist ist im Grunde genommen nur ein Ausschnitt des Widerspruchsverfahrens. Hier wird nur eine der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Widerspruchs geprüft, nämlich die Fristeinhaltung bzw. ob ihre Versäumung unter den gegebenen Verhältnissen unverschuldet und deshalb unbeachtlich ist. Unmittelbare Rechtswirkungen gehen erst vom Widerspruchsbescheid aus. Wenn die Wiedereinsetzung gewährt wird, steht die Zulässigkeit des Widerspruchs noch nicht fest; er kann aus einem anderen Grunde zurückgewiesen werden. Wird die Wiedereinsetzung versagt, so ist das Schicksal des Widerspruchs zwar erkenntlich; für die Annahme eines Verwaltungsakts genügt es aber nicht, daß die Rechtswirkungen vorhergesehen werden können. Die unmittelbare Rechtswirkung tritt auch hier erst mit dem den Widerspruch zurückweisenden Widerspruchsbescheid ein.
Die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag bedarf daher, um unmittelbare Rechtswirkungen ausstrahlen zu können, der Umsetzung in die Entscheidung über den Widerspruch. Die Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist alleine nicht von unmittelbarer rechtlicher Bedeutung und in ihrem Bestand von der Hauptsache abhängig. Sie besagt von sich aus nur, daß die versäumte Rechtshandlung noch wirksam nachgeholt werden kann oder nicht. Nur aus der Tatsache, daß die ursprünglich versäumte Rechtshandlung, hier also der Widerspruch, zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag bereits vorgenommen worden sein muß, folgen weitergehende Wirkungen[21]. Würde der Widerspruch nicht nachgeholt oder wieder zurückgenommen, so stünde die Wiedereinsetzungsentscheidung im rechtsleeren Raum.

---

20) OBERMAYER, (Fn. 5), S. 69, 71 f.; FORSTHOFF, (Fn. 5), S. 182; WOLFF, Verwaltungsrecht I, S. 267; Einzelbegründung zu § 27 EVwVerfG 1963, S. 137.

21) So wird z.B. die Durchbrechung der formellen Rechtskraft nicht durch die gewährte Wiedereinsetzung bewirkt, sondern durch den wirksam nachgeholten und nun als rechtzeitig zu behandelnden Widerspruch. Vgl. § 22, S. 160 ff.

Die Entscheidung der Erlaß- oder Widerspruchsbehörde über den Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist ist also kein selbständiger Verwaltungsakt, sondern eine die Entscheidung über den Widerspruch v o r b e r e i t e n d e Nebenentscheidung[22], eine Teilentscheidung über den Widerspruch.
Soweit das Verwaltungsgericht über den Wiedereinsetzungsantrag befindet[23] oder die Entscheidung der Widerspruchsbehörde korrigiert, handelt es sich ebenfalls nur um eine das Urteil vorbereitende Entscheidung. Das Wiedereinsetzungsverfahren ist in diesem Falle ein Teil der Zulässigkeitsprüfung der Klage, die Entscheidung darüber, ob die Sachurteilsvoraussetzung eines fristgerechten Widerspruchs vorliegt.

§ 18 Die Anfechtung der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag

Durch die Verweisung in § 70 Abs. 2 VwGO auf § 60 VwGO, die dessen Absatz 5 ausdrücklich von der Analogie ausschließt, steht für das Vorverfahren fest, daß nicht nur die abgelehnte, sondern auch die von der Verwaltungsbehörde gewährte Wiedereinsetzung anfechtbar ist. Damit ist dem Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung getragen, wonach gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt der Rechtsweg offen steht. Aber selbst wenn § 60 VwGO in vollem Umfange für entsprechend anwendbar erklärt worden wäre, wäre das Ergebnis gleich. Die Wiedereinsetzungsentscheidung der Verwaltungsbehörde könnte trotzdem von demjenigen, der durch sie beschwert wird, einer gerichtlichen Kon-

---

22) So auch BETTERMANN, Zweitanfechtung nach verspäteter Erstanfechtung, JZ 1965, 264 (268);
BGH v. 26.6.52 - BGHZ 6, 369 (370) " nur ein vorweggenommener Teil der Entscheidung";
BGH v. 27.6.56 - BGHZ 21, 142 (146) "Vorentscheidung".

23) Vgl. zur Zuständigkeit des Gerichts § 13, S. 109 ff.

trolle unterzogen werden[1].
Die Anfechtungsmöglichkeit der administrativen Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag verliert als Rechtsschutzeinrichtung nicht dadurch an Bedeutung[2], daß die Einhaltung der Widerspruchsfrist und die Frage der Wiedereinsetzung ohnehin vom Gericht von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens überprüft werden müssen[3], wenn die Hauptsache rechtshängig ist. Das Nebeneinander von Offizialprüfung und Antragskontrolle ist keineswegs ungewöhnlich und hat durchaus seine Berechtigung. Die Erhebung der Klage und die Einlegung von Rechtsbehelfen unterliegt auch in Verfahren, die vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht werden, der Dispositionsmaxime[4], d.h. der Staatsbürger entscheidet, ob der Akt der Kontrollinstanz zur Nachprüfung unterbreitet wird. Es ist aber von ausschlaggebender Bedeutung, ob der von Amts wegen zu beachtende Umstand nur überprüft werden kann, weil wegen eines anderen Mangels Klage erhoben oder ein Rechtsmittel eingelegt worden ist, oder ob dieser Umstand von sich aus dazu berechtigt, eine Nachprüfung auszulösen.

Die Kommentare zur Verwaltungsgerichtsordnung begnügen sich im großen und ganzen mit der Feststellung, daß jede Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den Wiedereinsetzungsantrag anfechtbar ist[5]. Unerwähnt bleibt dagegen, mit welchem Rechts-

---

1) So ist auch im sozialgerichtlichen Verfahren die im Vorverfahren gewährte Wiedereinsetzung nicht unanfechtbar, obwohl der dem § 70 Abs. 2 VwGO inhaltlich entsprechende § 84 Abs. 2 Satz 3 SGG den ganzen § 67 SGG, der wie § 60 VwGO die gewährte Wiedereinsetzung für unanfechtbar erklärt, unter die Analogie stellt. Vgl. PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 84 SGG, Anm. 8.

2) Dasselbe gilt auch für die Anfechtbarkeit der durch das Gericht versagten Wiedereinsetzung.

3) Vgl. hierzu § 3 II, S. 23 ff.

4) ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 63 II, S. 295; LÜKE, Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, 41 (42); BITTER, Inhalt und Grenzen der Dispositionsmaxime im Verwaltungsstreitverfahren, BayVBl. 1958, 41 (44).

5) EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 8; KLINGER, § 70 VwGO Anm. D; REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 6; SCHUNCK-DE CLERCK, §§ 69, 70 VwGO, Anm. 6 b.
Die Kommentare von KOEHLER und ULE äußern sich hierzu gar nicht.

behelf die Entscheidung angegriffen werden kann.
Da die Entscheidung, die die beantragte Wiedereinsetzung gewährt oder ablehnt, überwiegend als Verwaltungsakt[6] angesehen wird, wird sie auch für selbständig anfechtbar gehalten[7]. Gegen die Wiedereinsetzungsentscheidung wird wie gewohnt zunächst mit dem Widerspruch[8] vorgegangen, um nach dessen Erfolglosigkeit Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zu erheben[9].
Die Unzweckmäßigkeit eines Widerspruchsverfahrens (wegen der Wiedereinsetzung) innerhalb des Widerspruchsverfahrens (gegen den ursprünglichen Verwaltungsakt) liegt auf der Hand. BURI[10] hält daher, obwohl die Entscheidung der Widerspruchsbehörde über den Wiedereinsetzungsantrag kein Widerspruchsbescheid ist, einen Widerspruch nicht für nötig, da sie von der Widerspruchsbehörde in tatsächlichem und rechtlichem Zusammenhang mit dem Widerspruchsbescheid ergangen ist, so daß man insoweit den Gedanken des § 79 Abs. 2 VwGO werde anwenden können. Diese Lösung versagt aber für den immerhin denkbaren Fall, daß nur der Antrag auf Wiedereinsetzung beschieden, aber kein Widerspruchsbescheid erlassen wird. Soll nun die gesonderte Entscheidung doch zuerst mit dem Widerspruch angegriffen werden müssen?
Aber selbst wenn man einen Widerspruch für entbehrlich hält, führt die selbständige Anfechtbarkeit zu einem unbefriedigenden Ergebnis. Der Streit um die Wiedereinsetzung könnte sich,

---

6) Vgl. hierzu § 17 Fn. 1, S. 136.

7) So insbesondere BURI, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Widerspruchsverfahren, DÖV 1963, 498 (499) und WEIDES, Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlichrechtlichen Arbeit, JuS 1964, 447.

8) So z.B. SCHÜTZ-FROHBERG, § 153 BBauG Anm. 1; wohl auch BayVGH v. 12.1.50 - VGH n.F. 3, 1(5).

9) So wohl auch EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 9: Anfechtungsklage; REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 6: Verpflichtungsklage, aber unklar, ob vorher Widerspruch nötig ist.

10) BURI, (Fn. 7), S. 500 sub bb.

da die §§ 70, 60 VwGO Bundesrecht sind, über drei Instanzen bis zum Bundesverwaltungsgericht hinziehen und für Jahre den Erlaß einer Sachentscheidung hemmen.
Die selbständige Anfechtbarkeit der Wiedereinsetzungsentscheidung ist nicht nur im hohem Maße unzweckmäßig, sondern gar nicht möglich. Widerspruch, Anfechtungs- und Verpflichtungsklage sind nur gegen Verwaltungsakte zulässig. Die Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag ist aber kein Verwaltungsakt; sie ist nur eine Teilentscheidung über den nachgeholten Widerspruch ohne die einen Verwaltungsakt kennzeichnende unmittelbare Rechtswirkung[11].
Anfechtungs- und Verpflichtungsklage sind außerdem nur zulässig, soweit der Kläger geltend macht, durch einen Verwaltungsakt oder seine Ablehnung in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO).
Der säumige Staatsbürger hat zwar beim Vorliegen der geforderten Voraussetzungen einen Anspruch auf Wiedereinsetzung[12], die Ablehnung der Wiedereinsetzung bedeutet aber nicht automatisch eine Rechtsverletzung. Eine Beschwer ist erst gegeben, wenn die Entscheidung über den nachgeholten Widerspruch infolge der versagten Wiedereinsetzung für den Betroffenen ungünstig ausfällt, weil der Widerspruch als unzulässig verworfen wird. Ein Dritter ist durch eine nicht auf seinen Antrag hin gewährte Wiedereinsetzung ebenfalls nicht in seinen Rechten verletzt. Der ihn begünstigende ursprüngliche Verwaltungsakt ist durch die einem anderen Betroffenen gewährte Wiedereinsetzung in seinem Bestand nur gefährdet. Eine Beschwer ist für den Dritten erst durch den Widerspruchsbescheid denkbar, wenn dieser den Verwaltungsakt für ihn ungünstig abändert oder aufhebt. Die Wiedereinsetzungsentscheidung kann daher als Teilentscheidung über den Widerspruch n i c h t s e l b s t ä n d i g angefochten werden[13], sondern n u r z u s a m m e n mit

---

11) Vgl. hierzu § 17, S. 136 ff.

12) Vgl. hierzu § 8 II Fn. 13, S. 71.

13) So auch REDEKER-VON OERTZEN, § 70 VwGO Anm. 6, wenn die Wiedereinsetzungsentscheidung im Widerspruchsbescheid getroffen ist. Vereinfachung der Verwaltung, S. 195. Für den Zivilprozeß BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, § 27 III 4, S. 119; BGH v. 26.2.52 - BGHZ 6, 369 (370); BGH v. 27.6.56 - BGHZ 21, 142 (146).

der endgültigen Entscheidung über den Widerspruch und mit demselben Rechtsbehelf wie diese[14]. Dabei ist gleichgültig, ob die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag in einem gesonderten Bescheid getroffen worden ist oder in der Widerspruchsentscheidung.

I. Die Entscheidung der Erlaßbehörde

Die im Abhilfebescheid gewährte Wiedereinsetzung kann von einem Dritten angefochten werden, soweit er durch die Sachentscheidung beeinträchtigt worden ist. Richtiger Rechtsbehelf gegen den Abhilfebescheid ist der Widerspruch (§ 79 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO trifft nicht zu), der sich gleichzeitig gegen die gewährte Wiedereinsetzung richtet.

II. Die Entscheidung der Widerspruchsbehörde

Die von der Widerspruchsbehörde in einem gesonderten Bescheid oder im Widerspruchsbescheid gewährte oder versagte Wiedereinsetzung kann als Teilentscheidung über den Widerspruch nur zusammen mit dem Widerspruchsbescheid angefochten werden. Die Anwendung der Vorschriften, die für die Anfechtung des Widerspruchsbescheids gelten, auf die Anfechtung des Wiedereinsetzungsbescheids bereitet jedoch Schwierigkeiten, da der Widerspruchsbescheid nicht wie ein gewöhnlicher Verwaltungsakt angefochten werden kann. Er ist nur a u s n a h m s w e i s e alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage (§ 79 Abs. 2 VwGO), während eine Verpflichtungsklage auf Erlaß eines Widerspruchsbescheids nach herrschender Meinung unzulässig ist[15]. Die "Anfechtung" des Widerspruchsbescheids ist aber einfach darin zu sehen,

---

14) Vgl. hierzu § 14, S. 121 ff.

15) BURI, (Fn. 7), S. 499; BACHOF, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 32; KOEHLER, Vorbem. zu §§ 75, 76 VwGO Anm. II;
BVerwG v. 30.8.62 - VerwRspr. 15, 367;
a.A. BETTERMANN, Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrags, NJW 1960, 1081 (1088 sub VII 2); STIEFEL, Zum Recht auf Widerspruchsbescheid, BaWüVBl. 1966, 2 ff.

daß nach seinem Erlaß die verwaltungsgerichtliche Klage erhoben werden kann[16]. Die Parallele gezogen, führt daher zu folgendem Ergebnis:

Nach Erlaß des Widerspruchsbescheids ist die dem in der Hauptsache angestrebten Klageziel entsprechende Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zulässig mit der gleichzeitigen Rüge, die Wiedereinsetzung sei zu Unrecht versagt worden.

Ist lediglich ein ablehnender Wiedereinsetzungsbescheid ergangen, aber kein Widerspruchsbescheid, so kann die Klage in der Hauptsache unter den Voraussetzungen der §§ 75, 76 VwGO erhoben werden, ohne daß ein Widerspruchsbescheid abgewartet werden muß. Die alleinige Anfechtung des Wiedereinsetzungsbescheids ist auch in diesem Falle nicht zulässig. Der Staatsbürger kann zwar mit dem Widerspruch eine reine Ermessenskontrolle begehren; er kann im Vorverfahren sogar die Überprüfung eines anerkannt rechtmäßigen Ermessensakts auf seine Zweckmäßigkeit anregen[17], was durch eine Klage nicht möglich ist. Es besteht jedoch kein mit der Verpflichtungsklage durchsetzbarer Anspruch auf Erlaß eines Widerspruchsbescheids[18], also auch kein Anspruch auf Wiedereinsetzung mit dem einzigen Ziel, eine Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde zu erzwingen.

Ein Dritter, der durch den Widerspruchsbescheid erstmals beschwert wird, kann dagegen gemäß § 79 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO mit der Anfechtungsklage vorgehen und gleichzeitig die dem Widerspruchsführer erteilte Wiedereinsetzung angreifen.

Das Gericht spricht im Endurteil über die Hauptsache die Wiedereinsetzung oder deren Versagung aus[19]. Wenn die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung gegeben sind, muß das Gericht die

---

16) Gegenstand der Anfechtungsklage ist auch der den ursprünglichen Verwaltungsakt gestaltende Widerspruchsbescheid (§ 79 Abs. 2 VwGO), der bei Begründetheit der Klage im Urteil aufgehoben werden muß (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Verpflichtungsklage hat ohnehin ein kassatorisches Element, so daß bei ihrem Erfolg auch der vorangegangene Widerspruch hinfällig ist.

17) Vgl. hierzu § 1 III, S. 5.

18) Siehe Fn. 15).

19) So wohl EYERMANN-FRÖHLER, § 70 VwGO Rn. 9;
a.A. wohl BVerwG v. 26.8.63 - DVBl. 1963, 925.

Widerspruchsbehörde nicht erst durch Urteil zur Gewährung verpflichten, sondern entscheidet selbst über die Frage der Wiedereinsetzung.
Das Verwaltungsgericht besitzt ab Rechtshängigkeit der Hauptsache selbst die Kompetenz, über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist zu entscheiden[20], weil die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs als Sachurteilsvoraussetzung geklärt sein muß. Die Entscheidungsbefugnis des Gerichts ist auch gegeben, wenn die Wiedereinsetzungsentscheidung der Widerspruchsbehörde ausdrücklich angegriffen wird und eine Korrektur nötig ist.

III. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts

1.) die gewährte Wiedereinsetzung

Die vom Verwaltungsgericht gewährte Wiedereinsetzung ist nach § 60 Abs. 5 VwGO unanfechtbar. Infolge der fehlenden Verweisung auf diese Bestimmung in § 70 Abs. 2 VwGO gilt dies nicht für die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist. Dies ist richtig, wenn die V e r w a l t u n g s b e h ö r d e dem Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben hat. Aber soll dies auch zutreffen für den Fall, daß das V e r w a l t u n g s g e r i c h t die Wiedereinsetzung gegen die unverschuldet versäumte Widerspruchsfrist ausspricht? Das Ergebnis wäre höchst unbefriedigend: Die Wiedereinsetzungsentscheidung gegen die Versäumung der Klagefrist könnte von keinem Beteiligten mit einem Rechtsmittel angegriffen werden, dagegen wäre die vom Gericht bei Nichteinhaltung der Widerspruchsfrist gewährte Wiedereinsetzung anfechtbar. Da sowohl die Wahrung der Widerspruchsfrist als auch die Einhaltung der Klagefrist eine Sachentscheidungsvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist, ist eine unterschiedliche Behandlung der für beide Fristen vom Gericht gewährten Wiedereinsetzung sachlich nicht gerechtfertigt.

---

20) Vgl. hierzu § 13, S. 109 ff.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten: Die vom G e r i c h t gewährte Wiedereinsetzung gegen unverschuldete Versäumung der Widerspruchsfrist ist ebenfalls gemäß § 60 Abs. 5 VwGO unanfechtbar[21].

J e d e vom Gericht bei versäumter Widerspruchsfrist gewährte Wiedereinsetzung kann nicht mit einem Rechtsmittel angegriffen werden, gleichgültig ob sie gesondert ergangen ist oder in den Gründen der Endentscheidung getroffen worden ist. Es macht auch keinen Unterschied, ob der Wiedereinsetzungsantrag erstmals vom Gericht beschieden worden ist oder ob die Wiedereinsetzung auf Anfechtung der administrativen Entscheidung oder von Amts wegen erfolgt ist.

Diese Regelung ist zweckmäßig und dient der Beschleunigung des Verfahrens. Um möglichst schnell eine Entscheidung in der Sache treffen zu können, bestimmt das Gesetz für die positive Wiedereinsetzungsentscheidung ausdrücklich eine Fehlertolerierung. Der Dritte, der bei einem Verwaltungsakt mit Doppelwirkung durch die infolge der Wiedereinsetzung zulässigen verwaltungsgerichtlichen Klage um den Bestand des ihn begünstigenden Verwaltungsakts fürchten muß, wird dadurch bewußt genötigt, den Verwaltungsakt mit materiellrechtlichen Einwendungen zu verteidigen.

Über die Bedeutung und rechtliche Tragweite der Unanfechtbarkeit der die Wiedereinsetzung gewährenden Entscheidung des Gerichts herrscht jedoch ziemliche Unklarheit.
EYERMANN-FRÖHLER[22] und REDEKER-VON OERTZEN[23] ziehen aus der Unanfechtbarkeit den Schluß, daß das erkennende Gericht und alle später mit der Sache befaßten Instanzgerichte an die Wiedereinsetzungsentscheidung gebunden seien. Auch ULE[24] unter-

---

21) BVerwG v. 26.8.63 - DVBl. 1963, 925 läßt dies dahingestellt.

22) EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 32 mit der Voraussetzung, daß die Entscheidung vom zuständigen Gericht im richtigen Verfahren und nicht in einer schwächeren als der rechten Form gefällt ist.

23) REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 22 unter Ablehnung der von EYERMANN-FRÖHLER gemachten Einschränkung.

24) ULE, § 60 VwGO Anm. II, S. 226. Ebenso SIEVEKING, Die neue Verwaltungsgerichtsordnung, MDR 1960, 177.

sagt den höheren Instanzen im Zusammenhang mit der Entscheidung in der Sache jede Nachprüfung.
Diese Folgerungen beruhen auf der irrtümlichen Gleichsetzung von Unanfechtbarkeit und Unabänderbarkeit einer Entscheidung. Unanfechtbarkeit oder formelle Rechtskraft besagt n u r , daß eine Entscheidung von den Parteien nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann[25]. Es steht nicht mehr zur Disposition[26] der Parteien, eine Entscheidung zur Kontrolle in die Rechtsmittelinstanz zu bringen. Die Unanfechtbarkeit bewirkt aber nicht gleichzeitig eine Selbstbindung des entscheidenden Organs. Sie läßt das Verhältnis des erkennenden Gerichts zu seiner Entscheidung unberührt. Hier besteht zwar eine Bindung des Gerichts an seine Wiedereinsetzungsentscheidung (auch an die negative!), aber nicht infolge der gemäß § 60 Abs. 5 VwGO eintretenden Unanfechtbarkeit, sondern nach §§ 173 VwGO, 318 ZPO.
Die Prüfungs- und Abänderungsbefugnis der übergeordneten Instanz wird durch die Unanfechtbarkeit der Wiedereinsetzungsentscheidung nur insoweit lahmgelegt, als sie von der Parteiinitiative, d.h. von der Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Wiedereinsetzungsentscheidung, abhängig ist. Trotz Unanfechtbarkeit der gewährten Wiedereinsetzung bleibt daher unverändert die Pflicht der Berufungs- und Revisionsinstanz bestehen, bei Kontrolle der Entscheidung in der Hauptsache v o n A m t s w e g e n zu prüfen, ob die Sachurteilsvoraussetzung eines fristgerechten Widerspruchs vorliegt bzw. ob die Wiedereinsetzung zu Recht gewährt worden ist[27].

---

25) Vgl. hierzu auch § 11 III Fn. 63), S. 102.

26) Die Befugnis, Rechtsmittel einzulegen, ist Ausfluß der - auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren herrschenden - Dispositionsmaxime. Vgl. Fn. 4).

27) PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 67 SGG Anm. 8.
So auch deutlich BGH v. 26.6.52 - BGHZ 6, 369 für die Pflicht des Revisionsgerichts, einen nicht angefochtenen und nicht anfechtbaren Beschluß, in dem Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist gewährt worden ist, zu überprüfen.
VGH Stuttgart v. 17.2.55 - VerwRspr. 8, 510.

Ein weiteres Problem ist, ob eine Partei durch die Unanfechtbarkeit der positiven Wiedereinsetzungsentscheidung gehindert ist, in der Rechtsmittelinstanz der Entscheidung in der Hauptsache die Gewährung der Wiedereinsetzung als Verfahrensmangel zu rügen.
Gesteht man einer Partei uneingeschränkt diese Möglichkeit zu[28], so ignoriert man die Unanfechtbarkeit der Wiedereinsetzung. § 60 Abs. 5 VwGO verbietet, daß jede vom Gericht gewährte Wiedereinsetzung, sei sie in einer gesonderten Entscheidung oder in den Gründen der Endentscheidung erfolgt, mit einem Rechtsmittel angefochten wird. Damit ist verhindert, daß die Entscheidung in der Hauptsache über eine Anfechtung der gewährten Wiedereinsetzung zu Fall gebracht wird. Die Unanfechtbarkeit der gewährten Wiedereinsetzung muß auch durchgreifen, wenn die Anfechtung der Wiedereinsetzungsentscheidung als Angriff gegen die Entscheidung in der Hauptsache getarnt ist, wenn nämlich die Entscheidung in der Sache n u r mit der Rüge, die Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Widerspruchsfrist sei zu Unrecht gewährt worden, angefochten wird. Die Anfechtung der Wiedereinsetzung ist nie Selbstzweck; sie geschieht immer in der Absicht, die Entscheidung in der Hauptsache zu beseitigen. Die Rechtsmittelinstanzen haben also ein Rechtsmittel, das mit der a l l e i n i g e n Rüge eingelegt ist, die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist sei vom Verwaltungsgericht zu Unrecht gewährt worden, als unzulässig zu verwerfen. Ist die Berufung oder Revision jedoch wegen eines anderen gerügten Mangels zulässig, so haben die Rechtsmittelgerichte jedoch von Amts wegen zu prüfen, ob die Sachurteilsvoraussetzung eines fristgerechten Widerspruchs vorliegt und müssen die Sachentscheidung wegen dieses Verfahrensmangels aufheben, wenn die Wiedereinsetzung nicht hätte gewährt werden dürfen.

---

28) BVerwG v. 6.11.53 - BVerwGE 1, 29 (34);
BVerwG v. 22.10.61 - BVerwGE 13, 141 (144).
Danach ist der Betroffene nicht gehindert, eine unanfechtbar abgelehnte Wiedereinsetzung als Verfahrensmangel in der Rechtsmittelinstanz geltend zu machen.

2.) die versagte Wiedereinsetzung

Die vom Gericht gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist versagte Wiedereinsetzung kann mit dem gegen die gewählte Entscheidungsform zulässigen Rechtsmittel zusammen mit der Endentscheidung angefochten werden[29].
Gegen Endurteile und Zwischenurteile ist die Berufung an das Oberverwaltungsgericht gegeben (§ 124 Abs. 1 VwGO). Ist die Entscheidung in einem Vorbescheid getroffen, so muß innerhalb eines Monats nach dessen Zustellung ein Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt werden. Berufung, Revision oder Beschwerde sind gegen einen Vorbescheid unzulässig[30]. Der Antrag ist beim Verwaltungsgericht schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu stellen (entsprechend § 81 Abs. 1 VwGO)[31].

§ 19 Verzicht auf den Wiedereinsetzungsantrag - Zurücknahme

In einigen Verfahrensordnungen ist der Verzicht auf Rechtsbehelfe und deren Zurücknahme ausdrücklich vorgesehen[1] oder die Zulässigkeit ergibt sich mittelbar[2]. Auch wenn die Verfahrensgesetze völlig schweigen, sind Rechtsbehelfsverzicht und Zurücknahme statthaft. Ihre Zulässigkeit ergibt sich aus der Dispositionsmaxime, wonach die Erhebung der Rechtsbehelfe im Belieben des einzelnen steht.

---

29) H.M.; EYERMANN-FRÖHLER, § 60 VwGO Rn. 34; KLINGER, § 60 VwGO Anm. C 4; KOEHLER, § 60 VwGO Anm. XIII 9; REDEKER-VON OERTZEN, § 60 VwGO Anm. 23; SCHUNCK-DE CLERCK, § 60 VwGO Erl. 4; ULE, § 60 VwGO Anm. II, S. 226.

30) BVerwG v. 7.3.56 - BVerwGE 3, 199.

31) H.M.; EYERMANN-FRÖHLER, § 84 VwGO Rn. 16; KLINGER, § 84 VwGO Anm. D 2; KOEHLER, § 84 VwGO Anm. V 2; REDEKER-VON OERTZEN, § 84 VwGO Anm. 9; SCHUNCK-DE CLERCK, § 84 VwGO Erl. 3 b.

1) So z.B. §§ 346, 514, 515, 566 ZPO; § 302 StPO; § 243 AO.

2) So z.B. §§ 521, 556 ZPO; § 126 VwGO.

Der Verzicht auf ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf ist die Erklärung, daß das Recht auf Nachprüfung und Abänderung einer Entscheidung aufgegeben wird.
Der Verzicht auf den Widerspruch ist vor Erlaß des Verwaltungsakts nicht wirksam möglich[3]. Vor Abgabe der Verzichtserklärung muß der Betroffene den vollen Inhalt der Entscheidung kennen, damit er sich über die Tragweite der Erklärung im klaren ist. Die Übertragung dieses Grundsatzes auf den Antrag auf Wiedereinsetzung ist jedoch keine Selbstverständlichkeit. Der Verzicht auf den Wiedereinsetzungsantrag hat nicht dieselbe Wirkung wie ein Verzicht auf das befristete Rechtsmittel (die nachzuholende Rechtshandlung). Der Verzicht auf den Wiedereinsetzungsantrag ist nicht immer gleichzeitig ein Verzicht auf das befristete Rechtsmittel[4]. Dies ist nur der Fall, wenn die Rechtsbehelfsfrist bereits ungenützt verstrichen ist. Wird vor Ablauf der Rechtsbehelfsfrist auf den Wiedereinsetzungsantrag verzichtet, so kann der gegen die Entscheidung gegebene Rechtsbehelf noch eingelegt werden, allerdings nur mehr fristgerecht. Die Möglichkeit, nach Versäumung der Rechtsbehelfsfrist unter Beantragung der Wiedereinsetzung den Rechtsbehelf wirksam nachzuholen, ist verloren gegangen. Da die Anfechtungsmöglichkeit erhalten bleibt, wäre es denkbar, den Verzicht auf den Wiedereinsetzungsantrag bereits vor Erlaß und Kenntnis der Entscheidung als wirksam anzusehen. Die verbleibende Anfechtungsmöglichkeit ist jedoch durch den Verzicht auf den Wiedereinsetzungsantrag spürbar geschwächt. Es kann der Fall eintreten, daß der Verzichtende durch unvorhersehbare widrige Umstände an der Einhaltung der Rechtsbehelfsfrist gehindert ist und der Verzicht auf den Wiedereinsetzungsantrag tatsächlich einem völligen Rechtsbehelfsverzicht gleichkommt. Der Verzicht auf den Wiedereinsetzungsantrag kann daher ebenfalls erst nach inhaltlicher Kenntnis der Entscheidung wirksam erfolgen.

---

3) BVerwG v. 3.6.58 - DÖV 1958, 737;
EYERMANN-FRÖHLER, § 69 VwGO Rn. 1; KLINGER, § 69 VwGO Anm.

4) So aber BUDER, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 71.

Ein Rechtsbehelfsverzicht kann erst ausgesprochen werden, nachdem der Verwaltungsakt mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung[5] versehen dem Betroffenen bekanntgemacht wurde[6]. Dies kann naturgemäß nur gelten für Rechtsbehelfe, über die belehrt werden muß und deshalb nicht für den Wiedereinsetzungsantrag[7]. Der Verzicht muß ohne jede Einflußnahme der Verwaltung abgegeben werden[8]. Eine Einwirkung auf die Entschlußfreiheit ist mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, der die Erzwingung eines Rechtsmittelverzichts verbietet[9].

Die Zurücknahme eines Rechtsbehelfs ist der Widerruf des Rechtsschutzgesuchs auf Nachprüfung einer Entscheidung und bewirkt deren Unanfechtbarkeit. Die Zurücknahme des Antrags auf Wiedereinsetzung hat zur Folge, daß die nachgeholte Rechtshandlung wegen Verspätung als unzulässig zurückgewiesen werden muß. Die Wirkung der Zurücknahme des Wiedereinsetzungsantrags und der des nachgeholten Rechtsbehelfs ist hier dieselbe. Von der Rechtswirkung her betrachtet, ist es daher gleichgültig, ob der Wiedereinsetzungsantrag oder der Widerspruch zurückgenommen wird. Kostenmäßig ist die Rücknahme des Widerspruchs günstiger als die (durch die Zurücknahme des Wiedereinsetzungsantrags ausgelöste) Verwerfung als unzulässig.
Zeitlich ist die Zurücknahme eines Rechtsbehelfs erst nach seiner Einlegung und nur so lange möglich, als noch nicht über ihn entschieden worden ist. Der Wiedereinsetzungsantrag kann daher bis zur Wiedereinsetzungsentscheidung und der Widerspruch

---

5) BVerwG v. 30.6.64 - DVBl. 1964, 874;
MÜLLER, Rechtsmittelbelehrung als Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts, NJW 1957, 1347 (1348).

6) MÜLLER, (Fn. 5), S. 1348 verlangt zu Unrecht die Zustellung eines Verwaltungsakts.

7) Über die Möglichkeit der Wiedereinsetzung muß nicht belehrt werden, vgl. § 7 IV 1 a Fn. 27), S. 63.

8) BVerwG v. 8.2.57 - NJW 1957, 1374;
BVerwG v. 14.10.60 - DVBl. 1961, 135.

9) BVerwG v. 27.7.64 - DÖV 1964, 703.

bis zum Ergehen eines Abhilfe- oder Widerspruchsbescheids[10] zurückgenommen werden. Da die Wiedereinsetzungsentscheidung regelmäßig zusammen mit der Widerspruchsentscheidung getroffen wird, ist die Zurücknahme des Wiedereinsetzungsantrags und des Widerspruchs bis zu diesem Zeitpunkt möglich.
Soweit über den Wiedereinsetzungsantrag das Gericht entscheidet[11], kann der Antrag bis zum Ergehen einer gerichtlichen Wiedereinsetzungsentscheidung zurückgenommen werden. Die Klage muß sodann wegen Fehlens der Sachurteilsvoraussetzung eines fristgerechten Widerspruchs[12] als unzulässig abgewiesen werden. Kostenrechtlich ist es gleichfalls günstiger, die Klage zurückzunehmen.
Diese Überlegungen zur Zurücknahme des Wiedereinsetzungsantrags sind weitgehend theoretischer Natur, da die Zurücknahme des nachgeholten Rechtsbehelfs gedanklich näher liegt.

§ 20 Die Kosten der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

§ 60 VwGO enthält keine Regelung der Kostenlast; die dazugehörige Kostenbestimmung ist § 155 Abs. 3 VwGO. Ob die Verweisung in § 70 Abs. 2 VwGO auf § 60 VwGO auch die Kostenregelung in § 155 Abs. 2 VwGO einschließt, ist höchst zweifelhaft. Die §§ 154 ff. VwGO betreffen nur die in einem gerichtlichen Verfahren anfallenden Kosten. Die Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens können dem Antragsteller allenfalls nach § 155 Abs. 3 VwGO auferlegt werden, wenn das Gericht über den Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Widerspruchsfrist entschieden hat[1].

---

10) PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 84 SGG Anm. 9.
Unrichtig KLINGER, § 69 Anm., der die Zurücknahme des Widerspruchs bis zur Erhebung der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zuläßt. Erlaubt man die Rücknahme des Widerspruchs auch nach Erlaß des Widerspruchsbescheids, so könnte eine im Vorverfahren zulässig erfolgte reformatio in pejus elegant außer Wirkung gesetzt werden.

11) Vgl. hierzu § 13, S. 109 ff.

12) Vgl. hierzu § 3 II, S. 23 ff.

1) Zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, § 13, S. 109 ff.

Dagegen kann § 155 Abs. 3 VwGO keine direkte Anwendung finden, wenn im Vorverfahren die Widerspruchsbehörde über den Antrag auf Wiedereinsetzung befindet. Ob bei der Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren die §§ 154 ff. VwGO entsprechend anzuwenden sind[2] oder das materielle Verwaltungskostenrecht des Bundes bzw. der einzelnen Länder zugrunde zu legen ist[3], war bislang umstritten. Der Große Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat nunmehr entschieden[4], daß der Bundesgesetzgeber, wie sich aus §§ 72, 77 VwGO ergebe, die Pflicht zur Kostentragung im Widerspruchsverfahren, wenn sich kein Rechtsstreit anschließt, von der bundesrechtlichen Regelung ausgenommen und auch nicht stillschweigend - etwa in entsprechender Anwendung der §§ 154 ff. VwGO - mitgeregelt hat. Er läßt lediglich dahingestellt, inwieweit bei der Ausführung von Bundesgesetzen durch Bundesbehörden die §§ 154 ff. entsprechende Anwendung finden. Für die Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens - meist werden gar keine besonderen Kosten erwachsen - ist damit nichts gewonnen. Die Ausführungsgesetze zur Verwaltungsgerichtsordnung regeln, soweit sie überhaupt Kostenbestimmungen enthalten, nur die Kostentragungspflicht für eine Entscheidung über den Widerspruch[5]. Auch die Kostengesetze der Länder enthalten für den Fall der Wiedereinsetzung keine spezielle Vorschrift über die Kostentragung. Man müßte sich mit der allgemeinen Verwaltungskostenregel behelfen, wonach derjenige die Kosten zu tragen hat, der die Amtshandlung veranlaßt hat bzw. zu dessen Vorteil sie

---

2) BVerwG v. 6.12.63 - BVerwGE 17, 246;
KOEHLER, § 72 VwGO Anm. V 2; REDEKER-VON OERTZEN, § 73 VwGO Rn. 20 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

3) EYERMANN-FRÖHLER, § 73 VwGO Rn. 11; ULE, §§ 69-73 VwGO Anm. III 4, S. 258;
OVG Münster v. 18.6.63 - JZ 1964, 107.

4) BVerwG v. 1.11.65 - BayVBl. 1966, 241.

5) So z.B. Art. 16 BayAGVwGO; § 23 SaarlAGVwGO enthält keine Regelung der Kostentragungspflicht.
Die Kostenregelung des zweitinstanziellen Verwaltungsverfahrens passen auch nicht für die Wiedereinsetzungsentscheidung.

vorgenommen wurde[6].

Die Kostentragungspflicht im Wiedereinsetzungsverfahren wird deshalb am besten Bestimmungen entnommen, die speziell auf die dortigen Verhältnisse zugeschnitten sind. Nach sämtlichen Kostenbestimmungen für das Wiedereinsetzungsverfahren ist Kostenschuldner der Antragsteller[7], ohne Rücksicht darauf, ob ihm Wiedereinsetzung gewährt oder sein Antrag abgelehnt worden ist. Alle diese Bestimmungen sind Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes, der auch keineswegs unbillig ist, da der Antragsteller die Folgen der Fristversäumung seiner Nachlässigkeit zuzuschreiben hat. Daher ist mit Hilfe der sogenannten Rechtsanalogie[8] auch für das bei Versäumung der Widerspruchsfrist durchgeführte Wiedereinsetzungsverfahren die Rechtsfolge zu setzen, daß dem säumigen Antragsteller in jedem Falle die Kosten aufzubürden sind.

---

6) Vgl. Art. 2 Abs. 1 BayKG; § 1 Abs. 1 BaWüLGebG; § 8 Abs. 1 Satz 1 HambGebührengesetz; § 5 Abs. 1 Nr. a HessVerwaltungsgebührengesetz; § 5 Abs. 1 Nr. a RhPfLandesgebührengesetz.

7) Vgl. § 238 Abs. 3 ZPO; § 473 Abs. 3 StPO; § 155 Abs. 3 VwGO; § 136 Abs. 3 FGO.

8) Vgl. hierzu LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 292.

6. K a p i t e l :

DIE WIRKUNG DER WIEDEREINSETZUNG IN DEN VORIGEN STAND

§ 21 Die Wirkung der Wiedereinsetzung im allgemeinen

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewirkt keine Verlängerung der versäumten Frist und setzt nicht erneut die abgelaufene Frist in Lauf. Eine Erstreckung der Frist scheidet begrifflich aus, da eine bereits verstrichene Frist nicht mehr verlängert werden kann. Dem Betroffenen vom Zeitpunkt der Wiedereinsetzungsentscheidung ab wiederum eine Frist zur Erhebung der versäumten Rechtshandlung zu setzen, ist zudem überflüssig, da diese bereits innerhalb der Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung nachgeholt worden ist. Vielmehr gilt mit der gewährten Wiedereinsetzung die wirksam nachgeholte Rechtshandlung als rechtzeitig erfolgt[1]. Der verspätet erhobene Widerspruch wird als fristgerecht eingelegt fingiert.
Die Wiedereinsetzung beseitigt im Zivilprozeß a l l e durch die Fristversäumung entstandenen Rechtsnachteile. Eine Entscheidung, die auf der Fristversäumung beruht, wird im Zivilprozeß durch die erteilte Wiedereinsetzung ohne weiteres und trotz eventueller Rechtskraft beseitigt[2]. Diese hinfällige Entscheidung kann nicht mehr angefochten werden[3], da von ihr infolge der Wiedereinsetzung keine Beschwer mehr ausgeht. Das erkennende Organ ist jedoch berechtigt, die die verspätete Rechtshandlung verwerfende Entscheidung formell aufzuheben oder als erledigt zu bezeichnen[4].

---

1) ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 77 II 4, S. 356; THOMAS-PUTZO, § 238 ZPO Anm. 4; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, § 238 ZPO Anm. II 4.

2) ROSENBERG, (Fn. 1), § 77 II 2 b, S. 352; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, § 238 ZPO Anm. II 4; WIECZOREK, § 238 ZPO Anm. B III b 1; THOMAS-PUTZO, § 238 ZPO Anm. 4; RG v. 22.11.32 - RGZ 139, 1 (3).

3) RG v. 28.2.30 - RGZ 127, 287 (288).

4) RG, wie Fn. 3).

Die Wiedereinsetzung macht den Weg zu einer sachlichen Entscheidung frei und es hat die dem Verfahrensstand entsprechende Sachentscheidung zu ergehen.

Diese Grundsätze auf die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist angewendet, ergeben folgendes: Durch die von der W i d e r s p r u c h s b e h ö r d e erteilte Wiedereinsetzung ist der wirksam nachgeholte Widerspruch als fristgerecht erhoben zu behandeln und sachlich zu bescheiden. Sollte der Widerspruch wegen der Fristüberschreitung bereits als unzulässig zurückgewiesen worden sein, so muß über den nunmehr rechtzeitigen Widerspruch erneut entschieden werden. Im neuen Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid muß die auf der Fristversäumung beruhende Widerspruchsentscheidung a u s d r ü c k l i c h [5] aufgehoben oder als erledigt bezeichnet werden. Ergeht wiederum ein Widerspruchsbescheid, so beginnt mit der Zustellung dieses Bescheids an den Betroffenen die Klagefrist nach § 74 VwGO zu laufen. Die durch den ersten Widerspruchsbescheid, in dem der nicht fristgerecht erhobene Widerspruch als unzulässig verworfen wurde, in Lauf gesetzte normale Klagefrist ist auf alle Fälle hinfällig. Entscheidet die Widerspruchsbehörde über den nunmehr rechtzeitigen Widerspruch nicht, so ist die verwaltungsgerichtliche Klage unter den Voraussetzungen der §§ 75, 76 VwGO zulässig. Die Jahresfrist beginnt mit der Erhebung des nachgeholten oder ursprünglich verspäteten und durch die Wiedereinsetzung als fristgerecht fingierten Widerspruchs[6].

---

5) So auch KOEHLER, § 60 VwGO Anm. XIII 12.
Der im zivilprozessualen Verfahren herrschenden Ansicht, die Entscheidung, die die Prozeßhandlung wegen Verspätung als unzulässig verworfen hat, werde durch die Wiedereinsetzung "ohne weiteres" beseitigt (vgl. Fn. 2), kann nicht gefolgt werden. Auch im Zivilprozeß wäre im Interesse der Klarheit die Parallele zum Versäumnisverfahren angebracht. Dort muß in der neuen Entscheidung das Versäumnisurteil ausdrücklich aufgehoben oder aufrechterhalten werden (§ 343 ZPO).

6) So RG v. 8.4.37 - JW 1937, 1666 für den vergleichbaren Fall des Beginns der Rechtsmittelbegründungsfrist.

Wenn das G e r i c h t Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist gewährt hat[7], so ist die Sachurteilsvoraussetzung eines fristgemäßen Widerspruchs bejaht und einer Sachentscheidung des Gerichts steht - soweit nicht andere Mängel der Klageerhebung entgegenstehen - nichts im Wege. Ist die verwaltungsgerichtliche Klage bereits wegen Nichteinhaltung der Widerspruchsfrist als unzulässig abgewiesen worden, so muß diese Entscheidung in der wegen der Wiedereinsetzung notwendigen erneuten Entscheidung über die Klage a u s d r ü c k l i c h [8] aufgehoben oder für erledigt erklärt werden oder auch inhaltlich bestätigt werden, wenn sich nun andere Zulässigkeitsmängel zeigen sollten. Mit Zustellung dieses Urteils beginnt die Berufungsfrist nach § 124 Abs. 2 VwGO zu laufen, während die durch das vor der Wiedereinsetzung ergangene klageabweisende Urteil in Lauf gesetzte Berufungsfrist unbeachtlich ist.

Hat die Widerspruchsbehörde den Widerspruch wegen der Fristüberschreitung als unzulässig zurückgewiesen, so muß das Gericht diese mit seiner Wiedereinsetzung unvereinbare Entscheidung der Widerspruchsbehörde nicht aufheben. Durch die Wiedereinsetzung sollen nur die für den Betroffenen n a c h t e i l i g e n Rechtsfolgen der Versäumung beseitigt werden.

Die Verwerfung des Widerspruchs bringt ihm aber keinen Nachteil, weil die Klage in der Hauptsache infolge der Wiedereinsetzung - von anderen Mängeln als der Versäumung der Widerspruchsfrist abgesehen - zulässig ist. Die Sachurteilsvoraussetzung eines form- und fristgerecht erhobenen, in der Sache erfolglosen Widerspruchs ist gegeben. Erfolglos ist ein Widerspruch nämlich, wenn die beanstandete Beschwer nicht beseitigt ist, weil der Widerspruch entweder als unzulässig oder als unbegründet abgewiesen worden ist[9]. Die Verwaltungsbehörde ist natürlich nicht gehindert, den nunmehr rechtzeitigen Wider-

---

7) Siehe zur Zuständigkeit des Gerichts § 13, S. 109.

8) Vgl. Fn. 5).

9) Vgl. zur Erfolglosigkeit des Widerspruchs § 3 I und BETTERMANN, Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, DVBl. 1958, 308 (310).

spruch sachlich zu bescheiden und die Erledigung der Klage herbeizuführen.

§ 22 Durchbrechung der formellen Rechtskraft

Der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung einer Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelfrist wird gemeinhin als Wirkung die Durchbrechung der formellen Rechtskraft nachgesagt[1]. Dies ist - jedenfalls in dieser Vereinfachung - unzutreffend.
Die Wiedereinsetzung beseitigt nur den Ausschluß mit der versäumten Rechtshandlung[2], sie räumt die rechtliche Möglichkeit ein, den versäumten Rechtsbehelf nachträglich wirksam einzulegen. Die mit dem ungenutzten Ablauf der Rechtsbehelfsfrist eingetretene formelle Rechtskraft[3], d.h. die verfahrensrechtliche Unanfechtbarkeit mit ordentlichen Rechtsbehelfen, wird von der Wiedereinsetzungsentscheidung nicht erschüttert. Würde der Rechtsbehelf nämlich nicht nachgeholt oder wieder zurückgenommen, so bestünde die formelle Rechtskraft trotz Wiedereinsetzung unverändert weiter. Die Durchbrechung der formellen Rechtskraft als Umkehrung ihres Eintritts kann nur die wirksame Einlegung des ursprünglich versäumten Rechtsbehelfs bewirken[4]. Da jedoch der versäumte Rechtsbehelf innerhalb der Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung nachgeholt sein muß, ist bei Gewährung der Wiedereinsetzung der Rechtsbehelf bereits eingelegt. Durch die Wiedereinsetzung erhält der Rechtsbehelf seine rechtliche Wirksamkeit und beseitigt die formelle Rechtskraft. Die Durchbrechung der formellen Rechtskraft erfolgt also gleichzeitig mit der Wiedereinsetzung, was wohl die Erklärung für die Ansicht ist, die Wiedereinsetzung durchbreche die formelle Rechtskraft.

---

1) KOEHLER, § 121 VwGO Anm. VII 3 und die in § 23 Fn. 2 Genannten.

2) Vgl. § 230 ZPO.

3) Unzutreffend BGH v. 8.1.53 - BGHZ 8, 284 (287), der für die Zeit vor der Wiedereinsetzung nur eine Scheinrechtskraft annimmt. Ablehnend auch PETERS, Wiedereinsetzung, Wiederaufnahme und zwischenzeitlich erworbene Rechte Dritter, MDR 1954, 193.

4) So richtig ROHWER-KAHLMANN, § 141 SGG Rn. 32; PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 141 SGG Anm. 4 e.

Die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist "durchbricht" also die formelle Rechtskraft des Verwaltungsakts oder der den Erlaß eines Verwaltungsakts ablehnenden Entscheidung nur, weil der ordnungsgemäß nachgeholte Widerspruch durch sie seine Durchschlagskraft erhält.

§ 23 Durchbrechung der materiellen Rechtskraft

Die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung einer Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelfrist beseitigt - um die eben dargelegte, allgemein übliche ungenaue Formulierung beizubehalten[1] - auch die bereits eingetretene materielle Rechtskraft der an sich verspätet angegriffenen Entscheidung[2]. Dies ist eine notwendige Folge des Wegfalls der formellen Rechtskraft, deren Eintritt immer Voraussetzung für die materielle Rechtskraft ist. Ob eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft auch der Wiedereinsetzung gegen die Nichteinhaltung der Widerspruchsfrist beigemessen werden kann, hängt davon ab, ob Verwaltungsakte in materielle Rechtskraft erwachsen können.
Die materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten ist das klassische Problem[3] des Verwaltungsrechts, das trotz zahlreicher scharfsinniger Erörterungen noch keine endgültige Klärung gefunden hat. Eine Darstellung der gesamten Rechtskraftliteratur[4] und eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen stark differenzierten Meinungen zur Rechtskraft von Verwaltungsakten

---

1) Vgl. § 22, S. 160.

2) EYERMANN-FRÖHLER, § 121 VwGO, Rn. 13; KLINGER, § 121 VwGO Anm. E, KOEHLER, § 121 VwGO Anm. VII 3; ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 152 I 1, S. 762; THOMAS-PUTZO, § 322 ZPO Anm. 9 a.

3) Seit BERNATZIK, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886.

4) Vgl. z.B. die Literaturangaben bei FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 231, weiter (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Gedächtnisschrift für W.Jellinek, S. 361; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 403 ff.

müssen in diesem Zusammenhang vermieden werden, da sie den Rahmen dieser Arbeit sprengen würden. Hier seien nur kurz einige Gedanken erlaubt.

Die Lehre von der Rechtskraft entstammt dem Zivilprozeß und wurde auch im Verwaltungsrecht aufgegriffen, obwohl Wesen und Wirkungen der materiellen Rechtskraft noch nicht eindeutig erfaßt waren. Hierbei wurde die Frage der materiellen Rechtskraft von Verwaltungsakten mit dem Kardinalproblem des Verwaltungsrechts, mit dem Problem des Widerrufs von Verwaltungsakten, vermengt und gleichgesetzt. Es wurde bereits an anderer Stelle dargetan, daß die materielle Rechtskraft nicht die Verhinderung eines Widerrufs bezweckt, sondern den Widerspruch späterer Entscheidungen zu der ursprünglichen Entscheidung verhüten will[5]. Leider ist die scharfe Unterscheidung zwischen materieller Rechtskraft und Unwiderruflichkeit, d.h. der Selbstbindung des entscheidenden Organs an seine eigene Entscheidung, im Verwaltungsrecht noch immer nicht "gesicherte Erkenntnis"[6]. Die Aufhebung unanfechtbar gewordener Verwaltungsakte wird nach wie vor unter dem Blickwinkel der materiellen Rechtskraft beleuchtet.

In Deutschland fehlt eine positiv rechtliche Regelung der materiellen Rechtskraft von Verwaltungsakten[7]. Die Bestimmung des § 77 SGG, wonach der Verwaltungsakt mit dem Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit "für die Beteiligten in der Sache bindend" ist, enthält nicht die Festsetzung einer materiellen Rechtskraft. Dem bindenden Verwaltungsakt kommt danach eine "endgültige Wirkung" zu, die der materiellen Rechtskraft gericht-

---

5) Vgl. hierzu BÖTTICHER, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, S. 94 und § 11 II, S. 99 ff.

6) So optimistisch ist JESCH, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, S. 70.

7) Vgl. dagegen § 68 öAVG, das grundsätzlich die materielle Rechtskraft normiert. MELICHAR, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17, 183 (208) empfindet diese Regelung nicht als ideal, jedoch als durchaus brauchbar.
Vgl. zum Rechtszustand in anderen Ländern BECKER, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, S. 208 ff.

licher Entscheidungen wesensverwandt ist, aber als sogenannte materielle Bindungswirkung nicht der materiellen Rechtskraft von Urteilen gleichzusetzen ist[8]. Der Annahme einer materiellen Rechtskraft von Verwaltungsakten steht jedoch nicht entgegen, daß im Gegensatz zu den gerichtlichen Urteilen[9] eine gesetzliche Regelung fehlt. Es ist durchaus denkbar, daß einer allgemeinen Anerkennung in Rechtsprechung und Literatur die gesetzliche Festlegung nachfolgt. So hatte der tragende Grundsatz des Strafprozesses ne bis in idem gewohnheitsrechtliche Geltung lange bevor er in Art. 103 Abs. 3 GG seine Positivierung als Grundrecht gefunden hat[10].

Die materielle Rechtskraft ist eine reine Zweckschöpfung. Sie dient der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden[11], die beide wesentliche Elemente des Rechtsstaatsprinzips sind. Ihrer Wirkung nach ist die materielle Rechtskraft die Maßgeblichkeit des Inhalts einer Entscheidung insoweit, daß in einem neuen Verfahren nicht noch einmal entschieden werden darf[12].

Da die Wirkung der materiellen Rechtskraft auch unrichtige Entscheidungen erfaßt, ist es aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, daß sie nur Entscheidungen zukommt, die die größtmögliche Gewähr für ihre Richtigkeit bieten. Der Verwaltung ist durch das Gesetzmäßigkeitsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) das Ziel gesteckt, materiell richtige Entscheidungen zu treffen. Auch für die Verwaltung gilt die Forderung nach materieller Rechtmäßig-

---

8) So PETERS-SAUTTER-WOLFF, § 77 SGG Anm. 4, 7; ROHWER-KAHLMANN, § 77 SGG Rn. 8, 10; HAUEISEN, Der Verwaltungsakt im Lichte neuerer Überlegungen, DÖV 1961, 121 (125 ff.).
BSG v. 27.9.61 - BSGE 15, 118 (121);
BSG v. 21.9.62 - BSGE 18, 21 (26);
a.A. DAPPRICH, Das sozialgerichtliche Verfahren, S. 95.

9) Vgl. §§ 322, 325 ZPO, § 121 VwGO, § 141 SGG, § 110 FGO.

10) Vgl. DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 103 GG Rn. 123.

11) BVerfG v. 1.7.53 - BVerfGE 2, 380;
BVerwG v. 30.8.62 - BVerwGE 14, 359 (363).

12) Str., so aber ROSENBERG, (Fn. 2), § 148 II 4, S. 739 mit weiteren Nachweisen. Nach anderer Ansicht ist nur eine widersprechende Entscheidung unzulässig.

keit[13]. Das ergibt sich auch daraus, daß dem Staatsbürger gegen administrative Entscheidungen Rechtsbehelfe an die Hand gegeben werden, um eine nach der Rechts- oder Sachlage gebotene Berichtigung erreichen zu können. Neuerdings hat RUPP[14] dem bislang im wesentlichen objektiv verstandenen Gesetzmäßigkeitsprinzip der Verwaltung über die bloßen Abwehrrechte hinaus eine subjektive Komponente aufgesetzt, nämlich das subjektiv öffentliche R e c h t des einzelnen a u f G e s e t z e s e r f ü l l u n g , soweit die Bestimmung nicht ausschließlich dem Interesse der Allgemeinheit zu dienen bestimmt ist. Der Staatsbürger hat also, um mit BACHOF[15] zu sprechen, ein subjektiv öffentliches Recht auf f e h l e r f r e i e Vornahme einer Amtshandlung.

Nun sind einer absolut richtigen Entscheidung durch die menschlichen Schwächen Grenzen gesetzt, und sie wird immer ein Ideal bleiben müssen. Die dem Menschen mangelnde Unfehlbarkeit erlaubt auch nicht zuverlässig die Feststellung, eine Entscheidung sei gerecht oder nicht. Rechtssicherheit und Rechtsfrieden gebieten jedoch, daß eine Entscheidung einmal endgültig ist und von der sich benachteiligt fühlenden Seite nicht in einem weiteren Verfahren eine andere Entscheidung angestrebt werden kann. Der Widerstreit zwischen der materiell rechtmäßigen Entscheidung und der materiellen Rechtskraft ist im Grunde ein Rangproblem. Es kann nicht gleichgültig sein, welches von beiden den Vorzug verdient[16]. Eine gerechte Entschei-

---

13) So WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 30 I, S. 138. Unter "Rechtmäßigkeit der Verwaltung" versteht man gewöhnlich das Verhältnis der vollziehenden Gewalt zum Recht. Vgl. JESCH, Gesetz und Verwaltung, S. 186 ff.; MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 160 ff.

14) RUPP, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 110 ff., 262 ff. Vgl. auch G.JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 114 ff., dessen Statuslehre mit einem Angelpunkt für die Argumentation RUPPs bildet.

15) BACHOF, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 87 ff.

16) So aber BVerfG v. 12.12.57 - BVerfGE 7, 194 (196) für die Gegenpole Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Einschränkend BVerfG v. 18.12.53 - BVerfGE 3, 225 (237: Entscheidung des Widerstreits "ohne Willkür").

dung, die mit der Rechtsordnung in Einklang steht, hat grundsätzlich Vorrang vor der Rechtssicherheit. Erst wenn nach menschlicher Voraussicht und Erfahrung die Gewähr für eine richtige Entscheidung gegeben ist, soll die getroffene Entscheidung für alle Beteiligten maßgebend sein. Die Möglichkeit, daß trotzdem eine unrichtige Entscheidung in materielle Rechtskraft erwächst, muß durch ihre Vorteile, die eine erneute Aufrollung der Angelegenheit und widersprechende Entscheidungen verhindern will, ausgeglichen werden. Die im Interesse der Allgemeinheit und auch jedes einzelnen liegende Rechtssicherheit ist höher zu veranschlagen als eine richtige Entscheidung um jeden Preis.

Ob eine der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung, d.h. eine nach menschlicher Wahrscheinlichkeit richtige Entscheidung, vorliegt, hängt ab von den Qualitäten des entscheidenden Organs und der Ausgestaltung des Verfahrens, auf Grund dessen die Entscheidung ergeht.

Der Entscheidende muß sachlich unabhängig sein[17]. Dabei genügt es nicht, daß die Entscheidung faktisch weisungsfrei getroffen worden ist. Die Unabhängigkeit von Weisungen muß rechtlich gewährleistet sein. Damit soll nicht behauptet werden, ein abhängiges Organ könne keine materiell richtige Entscheidung fällen. Wenn dies der Fall wäre, stünde es um die gesamte Verwaltung äußerst schlecht. Die sachliche Unabhängigkeit der erlassenden Stelle ist jedoch ein wesentliches Merkmal sachgerechter Entscheidungen, so daß sie für die Frage der materiellen Rechtskraft nicht außer acht gelassen werden darf. Das entscheidende Organ darf außerdem an seiner Entscheidung nicht persönlich interessiert sein.

Von wesentlichem Einfluß auf die Richtigkeit einer Entscheidung ist das Verfahren, das vor ihrem Erlaß durchgeführt wer-

---

17) So auch JESCH, (Fn. 6), S. 87;
BGH v. 19.3.53 - BGHZ 9, 129 (133);
vgl. auch BVerwG v. 8.9.53 - DVBl. 1954, 17.

den muß[18]. Dieses Verfahren muß gewissen Mindestanforderungen genügen. Sämtlichen Beteiligten muß rechtliches Gehör[19] gewährt werden. Sie müssen die Möglichkeit haben, zu allen entscheidungserheblichen Fragen Stellung zu nehmen und mit Anträgen und Anregungen auf den Gang des Verfahrens einzuwirken. Dabei genügt es nicht, wenn diesen Umständen im einzelnen tatsächlich Rechnung getragen worden ist; die Gelegenheiten der Einflußnahme müssen als Rechte gesetzlich gesichert sein[20], um den Betroffenen letzten Endes nicht doch zum bloßen Objekt des Verfahrens zu stempeln.

Dagegen ist die materielle Rechtskraft nicht verknüpft mit Entscheidungen bestimmten Inhalts. Sie ist nicht nur streitentscheidenden Akten eigen, noch kommt sie ihnen naturgemäß zu[21].

Materielle Rechtskraft kann daher nur Verwaltungsakten beigelegt werden, die ihre Entstehung einem gerichtsförmig durchnormierten Verfahren verdanken. Damit wird aber die Möglichkeit materieller Rechtskraft nicht an den Begriff der materiellen Rechtsprechung gekettet[22]. Das Wesen der materiellen Rechtsprechung wird nicht durch das für sie maßgebliche Verfahren

---

18) Die Bedeutung des vorangegangenen Verfahrens erwähnt auch BERNATZIK, (Fn. 3), S. 64, unterläßt jedoch weitere Folgerungen und hält die materielle Rechtskraft notwendig an den Begriff der Rechtsprechung geknüpft (S. 116). Vgl. auch SCHULTZENSTEIN, Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, 1. Bd. S. 86 (90) und neuerdings FORSTHOFF, (Fn. 4), S. 233 (236) mit der Einschränkung, daß der Verwaltungsakt "zu einem abgeschlossenen und sohin invariablen Tatbestand ergeht", und JESCH, (Fn. 6), S. 87; O.MAYER, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, AöR 21, 1 (6); ders., Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd. S. 162 (164).

19) JESCH, (Fn. 6), S. 88.

20) FORSTHOFF, (Fn. 4), S. 237.

21) Vgl. SCHÜLE, Der streitentscheidende Verwaltungsakt, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, S. 277 (295 f.), der darlegt, daß der entscheidenden Behörde nicht notwendig Unabhängigkeit zukommen und das Verfahren nicht unbedingt prozeßförmig gestaltet sein muß.

22) Bereits SCHULTZENSTEIN, (Fn. 18), S. 93, hält den Begriff der Rechtsprechung als Anknüpfungspunkt ungeeignet.

geprägt[23].
Die materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten ist also eine Ausnahmeerscheinung in unserer Rechtsordnung.
Auch im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, die ihrem Wesen nach weitgehend Verwaltung ist[24], wird allgemein eine materielle Rechtskraft ihrer Entscheidungen abgelehnt[25]. Viele Akte der Freiwilligen Gerichtsbarkeit können gar nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, da gegen sie die einfache unbefristete Beschwerde gegeben ist und sie praktisch nie formell rechtskräftig werden. Soweit den Entscheidungen in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit materielle Rechtskraft beigemessen wird, handelt es sich um Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit[26], die nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit diesem Verfahren unterworfen worden sind.

§ 24 Wiedereinsetzung und Suspensiveffekt

Weder der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung einer Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelfrist noch die positive Wiedereinsetzungsentscheidung hat eo ipso aufschiebende Wirkung. In der Verwaltungsgerichtsordnung fehlt auch eine dem § 707 ZPO entsprechende Bestimmung, wonach die zur Entscheidung über den Rechtsbehelf zuständige Stelle beim Vorliegen eines Wiedereinsetzungsantrags auf Antrag den nach der Sachlage notwendigen Vollstreckungsschutz gewähren kann.

---

23) So auch JESCH, (Fn. 6), S. 89.

24) O.MAYER, (Fn. 18), S. 6 Anm. 10; SAUER, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S. 42; BACHOF, (Fn. 15), S. 27; BETTERMANN, Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Lent, S. 17 (40), soweit nicht rechtsprechende Funktion.

25) SCHLEGELBERGER, Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 FGG Rn. 8 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

26) KEIDEL, § 31 FGG Rn. 18; BAUR, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 25 II, S. 268 f.

Diese Vorschrift gilt in erster Linie für rechtskräftige Urteile und ist über § 167 Abs. 1 VwGO auch auf verwaltungsgerichtliche Urteile entsprechend anzuwenden[1]. Eine analoge Anwendung auf Verwaltungsakte muß jedoch ausscheiden. Hier greift die spezielle Bestimmung des § 80 VwGO ein. Die Analogie zu § 707 ZPO ist auch entbehrlich, weil diese Vorschrift dem Staatsbürger - wie nach § 707 ZPO auf Antrag möglich - bereits im Wiedereinsetzungsverfahren Schutz bietet.
Nach § 80 VwGO tritt - von den gesetzlichen Ausnahmen abgesehen - mit Einlegung des Widerspruchs die aufschiebende Wirkung ein. In diesem Zusammenhang interessiert die Frage, ob der innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist für die Wiedereinsetzung nachgeholte Widerspruch automatisch den Suspensiveffekt auslöst, kurz, ob auch einem unzulässigen Rechtsbehelf, insbesondere einem wegen Fristüberschreitung unzulässigen Widerspruch, aufschiebende Wirkung zukommt.
Die Suspensivwirkung wird einem unzulässigen Rechtsbehelf entweder generell versagt[2], nur bei bestimmten Zulässigkeitsmängeln ausgeschlossen[3] oder, auf die Evidenz der Mängel abgestellt, verneint, "wenn vernünftigerweise kein Zweifel über die Unzulässigkeit bestehen kann, so insbesondere, wenn die Frist für die Einlegung eindeutig verstrichen ist"[4]. Bei einem

---

1) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 707 ZPO Anm. 6.

2) EYERMANN-FRÖHLER, § 80 VwGO Rn. 14;
OVG Lüneburg v. 15.12.53 - AS 7, 412 (414);
VG Frankfurt/Main v. 4.7.63 - DVBl. 1963, 735;
HUFNAGL, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 219 (zu § 51 VGG).

3) LÖWER, Haben unzulässige Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung, DVBl. 1963, 343 ff. Kein Suspensiveffekt, wenn a) der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben ist, b) die angefochtene Maßnahme kein Verwaltungsakt ist, c) der Anfechtende nicht beschwert ist, d) die Rechtsbehelfsfrist versäumt ist. Ähnlich REDEKER-VON OERTZEN, § 80 VwGO Anm. 9, wenn "eine Rechtsverletzung des Rechtsbehelfsführers unter keinem denkbaren Gesichtspunkt möglich" ist.

4) So früher EYERMANN-FRÖHLER, § 51 VGG Anm. 1 b; TSCHIRA/SCHMITT, Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 VwGO, BayBgm. 1962, 1 (2): "wenn der Rechtsbehelf offensichtlich unzulässig ist, vor allem, wenn der Rechtsbehelfsführer die aufschiebende Wirkung erschleichen will".

verspätet eingelegten Rechtsbehelf sei vor allem von Bedeutung, daß eine aufschiebende Wirkung bei einem unanfechtbaren Verwaltungsakt begrifflich ausgeschlossen ist[5].
Hier muß kurz auf Wesen und Bedeutung des Suspensiveffektes eingegangen werden.
Nach Art. 19 Abs. 4 GG soll dem einzelnen ein lückenloser, umfassender, auch vorbeugender und effektiver Rechtsschutz gewährt werden[6]. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs trägt dieser Forderung Rechnung, da sie den Rechtsschutz des Staatsbürgers gegen hoheitliche Eingriffe ergänzt und der Gefahr vorbeugt, daß der Betroffene durch vollendete Tatsachen einen irreparablen Schaden erleidet[7] und auf Schadensersatz- und Folgenbeseitigungsansprüche verwiesen wird. Der Suspensiveffekt wird somit zum "Wesensmerkmal des im Grundgesetz gewährleisteten Verwaltungsrechtsschutzes"[8]. Der Sinn der aufschiebenden Wirkung liegt darin, den Staatsbürger von hoheitlichen Einwirkungen in seine Individualsphäre so lange abzuschirmen, bis deren Rechtmäßigkeit vom Gericht bestätigt ist oder gerichtlicher Rechtsschutz nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Die Suspensivwirkung muß daher eintreten, wenn noch irgend eine Aussicht auf Erfolg des eingelegten Rechtsbehelfs besteht. Der Staatsbürger muß die Möglichkeit haben, sich mit allen ihm zur Verfügung gestellten Mitteln zu wehren und die ihm an die Hand gegebenen Rechtsbehelfe mit der vollen Kraft, d.h. mit der ih-

---

5) EYERMANN-FRÖHLER, § 80 VwGO Rn. 14; SCHÄFER, Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung?, DVBl. 1962, 844 (849).

6) DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 9, 12; v.MANGOLDT-KLEIN, Art. 19 GG, Anm. VII.

7) MENGER, Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, in: Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 427 (443); WILHELM, Aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe nur bei Zulässigkeit?, BayVBl. 1965, 199 (200).

8) BVerwG v. 8.9.53 - BVerwGE 1, 11;
BVerwG v. 2.9.63 - NJW 1964, 314;
vgl. auch DÜRIG, in: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 14. Nach MENGER, (Fn. 7), S. 443 ist § 80 VwGO Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben.

nen eigenen Devolutiv- und Suspensivwirkung, auszunützen. Da § 80 VwGO "nicht den geringsten Hinweis" darauf enthält, daß die förmlichen Rechtsbehelfe zulässig sein müßten[9], ist eine über die in Absatz 2 angeführten Ausnahmen hinausgehende Beschränkung der aufschiebenden Wirkung "mit keiner anerkannten Regel der Gesetzesinterpretation gedeckt"[10]. Im Gegenteil, es ist über Art. 19 Abs. 4 GG eine e x t e n s i v e Auslegung von § 80 VwGO geboten[11]. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß in § 80 Abs. 2 VwGO die von der Suspensivwirkung ausgenommenen Fälle e r s c h ö p f e n d aufgezählt sind[12]. Man wird das "nur" schlecht ignorieren können. Außerdem fordert der Bundesgesetzgeber, dem die Streitfrage bekannt sein mußte[13], nicht ausdrücklich einen zulässigen Rechtsbehelf[14], während er z.B. zu dem früheren Problem, ob rechtsgestaltenden Verwaltungsakten aufschiebende Wirkung zukommen kann, eindeutig Stellung genommen hat.

Hinzukommt, daß die Offensichtlichkeit von Zulässigkeitsmängeln meist nicht so einwandfrei feststeht, wie es für die Praktikabilität wünschenswert ist. Die Rechtssicherheit verlangt jedoch, daß der Eintritt der aufschiebenden Wirkung immer leicht erkennbaren Umständen entnommen werden kann und nicht von Fragen abhängt, deren Klärung vielleicht erst in einem langwierigen Rechtsstreit erfolgen kann. Gerade im Fall der Fristversäumung ist es undenkbar, daß "auf den ersten Blick erkennbar"[15] ist, daß der Rechtsbehelf unzulässig ist. Hier

---

9) TSCHIRA/SCHMITT, (Fn. 4), S. 2.

10) WILHELM, Aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe nur bei Zulässigkeit?, BayVBl. 1965, 199 (200).

11) So sogar EYERMANN-FRÖHLER, § 80 VwGO Rn. 3.

12) So WILHELM, (Fn. 10), S. 200.

13) Vgl. HUFNAGL, (Fn. 2), S. 218 f.; EYERMANN-FRÖHLER, § 51 VGG Anm. 1 b.

14) Vgl. auch BayVGH v. 21.9.62 - 82 IV 62 - nicht veröffentlicht, zitiert nach WILHELM, (Fn. 10), S. 199 (Anm.3).

15) So aber TSCHIRA/SCHMITT, (Fn. 4), S. 2: "wenn ein Betroffener seinen Widerspruch erst nach mehr als einem Jahr einlegt".

ist einmal möglich, daß ein nicht sofort ersichtlicher Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durchgreift, ja es kann durchaus sein, daß die Widerspruchsfrist noch gar nicht zu laufen begonnen hat, da der Verwaltungsakt dem Betroffenen nicht bekannt gemacht worden ist[16]. Jedenfalls kennzeichnet ein erheblicher Zeitablauf alleine noch nicht die offensichtliche Unzulässigkeit des Widerspruchs. Hier die Suspensivwirkung grundsätzlich zu versagen oder ihren Eintritt von weiteren Untersuchungen abhängig zu machen, hieße dem Widerspruch seinen wesentlichen Effekt rauben.

Darüberhinaus bestehen noch erhebliche Bedenken dogmatischer Art. Über die Unzulässigkeit des Widerspruchs entscheidet nur die Widerspruchsbehörde. Die Erlaßbehörde ist nicht befugt, einen verspäteten Widerspruch als unzulässig zu verwerfen. Gelangt der Streitfall vor das Gericht, so entscheidet dieses im Rahmen der Zulässigkeit der Klage über die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs. Diese Zuständigkeitsregeln würden durchbrochen, wenn die Ausgangsbehörde den Eintritt des Suspensiveffektes Voraussetzungen entnimmt, die ihrer Entscheidungsbefugnis entzogen sind[17]. Die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage (einschließlich der Rechtzeitigkeit des Widerspruchs) steht nur der Widerspruchsbehörde bzw. dem Gericht zu. Es geht nicht an, die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs vorzuverlagern in die Beurteilung, ob der erhobene Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung auslöst, verbunden mit dem Unsicherheitsmoment, ob die

---

16) Die Widerspruchsfrist läuft für jeden Betroffenen gesondert ab Bekanntgabe des Verwaltungsakts ihm gegenüber, vgl. auch § 6 III 2 Fn. 53), S. 50.

17) So auch TSCHIRA/SCHMITT, (Fn. 4), S. 2: ..."die Entscheidung über die Zulässigkeit ... der willkürlichen Vorabentscheidung durch die Behörde entzogen sein soll". WÖCKEL, Aufschiebende Wirkung unzulässiger Rechtsbehelfe nach den Verwaltungsgerichtsgesetzen. BayVBl. 1958, 108 (109); sehr eingehend WILHELM, (Fn. 10), S. 200 f.
Vgl. auch BayVGH v. 21.8.53 - VerwRspr. 7, 619 (628), der zutreffend darauf hinweist, daß § 51 Abs. 1 Satz 2 VGG (entspricht § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO) konstitutiven Charakter hatte.

endgültige Entscheidung über den Rechtsbehelf genauso ausfällt. Auf diese Weise würde ein Teilstück der Entscheidung über die Anfechtungsklage bzw. den Widerspruch ihrem gesetzlichen Richter[18] bzw. der gesetzlichen Verwaltungsbehörde[19] entzogen.

Diese Sache kann man nicht verharmlosen durch die Behauptung, die Behörde entscheide nicht über die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs, sondern über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Suspensiveffektes[20]. Die Entscheidung über den Eintritt der Suspensivwirkung hat bereits der Gesetzgeber dahingehend getroffen, daß mit Erhebung des Widerspruchs oder der Anfechtungsklage grundsätzlich die aufschiebende Wirkung eintritt. Die Entscheidungsbefugnis der Behörde beschränkt sich darauf, ob die Handlung des Betroffenen die Einlegung eines Rechtsbehelfs enthält, ob eine der in § 80 Abs. 2, Ziff. 1-3 VwGO aufgezählten Ausnahmen eingreift, verneinendenfalls, ob das öffentliche oder überwiegende Interesse eines Beteiligten die Anordnung der sofortigen Vollziehung fordert. Eine weitere Feststellung, ob der Widerspruch den Suspensiveffekt bewirkt[21], hat die Behörde nicht zu treffen. Die Suspensivwirkung ist die kraft Gesetzes allein aus der Einlegung des Rechtsbehelfs resultierende Folge.

Es ist also daran festzuhalten, daß die aufschiebende Wirkung auch von Rechtsbehelfen ausgeht, die auf den ersten Blick wegen eines erheblichen Zeitablaufs seit Ergehen des Verwaltungs-

---

18) v.MÜLLER, Die Prüfung der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs im Aussetzungsverfahren, ZMR 1962, 193 (194).

19) Zur gesetzlichen Verwaltungsbehörde als notwendigem Korrelat zum gesetzlichen Richter vgl. SPANNER, Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 1957, 640 (643); ADAMOVICH-SPANNER, Handbuch des Österreichischen Verfassungsrechts, S. 448; ANTONIOLLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 146.

20) So LÖWER, (Fn. 3), S. 348 sub C.

21) Diese Frage tritt nach LÖWER, (Fn. 3), S. 348 "logischerweise" auf.

akts unzulässig erscheinen[22]. Damit wird nicht, wie LÖWER[23] meint, der Sinn einer eventuellen Wiedereinsetzung hinfällig, denn die Wirkung der Wiedereinsetzung erschöpft sich nicht allein in der Aufhebung der formellen Rechtskraft. Die Bedeutung der Wiedereinsetzung besteht vor allem auch darin, daß die dem Betroffenen nachteiligen und auf der Fristversäumung beruhenden Rechtsfolgen beseitigt werden und der Weg für die mit dem ursprünglich verspäteten Rechtsbehelf angestrebte korrigierende Sachentscheidung offen steht. Die aufschiebende Wirkung hemmt lediglich die Vollziehbarkeit[24] des Verwaltungsakts, läßt aber die Rechtswirksamkeit des Verwaltungsakts unberührt[25] und bleibt ohne Einfluß auf sonstige Wirkungen der formellen Rechtskraft.

Der Eintritt des Suspensiveffekts auch bei verspätet erhobenem Widerspruch entspricht dem Rechtsgedanken des vorbeugenden Rechtsschutzes. Es soll während des Zeitraumes, in dem ungewiß ist, ob der Verwaltungsakt aufgehoben oder der Widerspruch sich als unzulässig oder unbegründet erweist, keine Vollzugsmaßnahme durchgesetzt werden können, die den Betroffenen belasten würde und die Rechtswirksamkeit des Verwaltungsakts voraussetzt[26].

Die der Einlegung eines Widerspruchs automatisch folgende auf-

---

22) So h.M., KLINGER, § 80 VwGO Anm. B 2; KOEHLER, § 80 VwGO Anm. A II 10; SCHUNCK-DE CLERCK, § 80 VwGO Erl. 2 h; ULE, § 80 VwGO Anm. I 1 a; DE CLERCK, Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten, NJW 1961, 2233 (2234), WÖCKEL, (Fn. 17), S. 109; WILHELM, (Fn. 10), S. 199 f., KRATZER, Der Widerspruch, BayVBl. 1960, 165 (174); BVerwG v. 21.6.61 - BVerwGE 13, 1 (8).

23) LÖWER, (Fn. 3), S. 346.

24) KLINGER, § 80 VwGO Anm. B 1 a; KOEHLER, § 80 VwGO Anm. II 1; SCHUNCK-DE CLERCK, § 80 VwGO Anm. 2 a; REDEKER-VON OERTZEN, § 80 VwGO Anm. 1; LÖWER, Zur Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO), DÖV 1963, 173.

25) a.A. EYERMANN-FRÖHLER, § 80 VwGO Rn. 4, 7; ULE, § 80 VwGO Anm. I, S. 272; DE CLERCK, Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, DÖV 1964, 152; SIEGMUND-SCHULTZE, Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVBl. 1963, 745 (747 f.).

26) BVerwG v. 21.6.61 - BVerwGE 13, 1 (9).

schiebende Wirkung des Verwaltungsakts soll jedoch nicht die Schlagkraft der Verwaltung lähmen. Der Regelung in § 80 VwGO geht die gerechte Abwägung des Gesetzgebers zwischen der Gewährung von Individualrechtsschutz und Durchsetzung dringender öffentlicher Interessen voraus[27]. Die Effektivität der Verwaltung erleidet aber keine Einbuße, wenn auch verspätet eingelegten Widersprüchen Suspensivwirkung zukommt. In den Fällen, in denen ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts besteht (§ 80 Abs. 2 Ziff. 4), wird die Verwaltungsbehörde die Vollzugsanordnung bereits bei Erlaß des Verwaltungsakts, zumindest vor Anfechtung des Verwaltungsakts getroffen haben[28]. Ein gegen den Verwaltungsakt erhobener Widerspruch löst dann keine Suspensivwirkung aus. Hat die Behörde die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs nicht durch die Anordnung des sofortigen Vollzugs ausgeschlossen und wird das öffentliche Interesse am sofortigen Vollzug erst nach Einlegung des Widerspruchs dringend, so kann sie den Suspensiveffekt des Widerspruchs durch die Vollzugsanordnung nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO beseitigen[29]. Die Verwaltungsbehörde wird während der Wirkung des Suspensiveffekts in ihrer Sachherrschaft nicht beschnitten und ist nicht gehindert, den angefochtenen Verwaltungsakt zu beseitigen oder abzuändern[30].

Der Verwaltung kann also durchaus zugemutet werden, daß sie mit einem belastenden Eingriff in die Rechtssphäre des Staatsbürgers wartet, bis dieser die ihm ausdrücklich zur Verfügung gestellten Abwehrmittel erschöpft hat.

---

27) Vgl. MENGER, (Fn. 7), S. 443; LÖWER, Suspensiveffekt und Vollzugsanordnung, DÖV 1965, 829.

28) Die Anordnung des sofortigen Vollzugs ist bereits zusammen mit dem zu vollziehenden Verwaltungsakt möglich, vgl. LÖWER, (Fn. 27), S. 831 f. mit weiteren Nachweisen in Anm. 33; HAUEISEN, Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, NJW 1953, 1165 (1166).

29) Strittig ist, ob die Anordnung des sofortigen Vollzugs ex tunc oder ex nunc wirkt. Vgl. zum Streitstand LÖWER, (Fn. 27), S. 833, der zutreffend eine Rückwirkung aus dem Gedanken des Rechtsschutzes ablehnt.

30) So eingehend BVerwG v. 24.2.55 - BVerwGE 2, 31 (32).

L e b e n s l a u f .

Am 25. Dezember 1937 wurde ich in München als Tochter des späteren Staatsbankamtmanns Martin Scherer und seiner Ehefrau Josefa, geb. Greiner, geboren. Von 1944 bis 1949 ging ich in die Volksschule in Nußdorf am Inn, wo meine Eltern evakuiert waren. Von 1949 bis 1950 war ich externe Schülerin der staatlich genehmigten privaten höheren Schule Stiftung Landerziehungsheim Neubeuern am Inn. Ab 1951 besuchte ich das Städtische Mädchenrealgymnasium mit Oberrealschule München-Nord, wo ich 1959 das Abitur ablegte.
Am 5. Februar 1957 erlitt ich durch einen Schiunfall einen Wirbelbruch mit nachfolgender Querschnittslähmung und konnte deshalb nahezu ein Jahr am Schulunterricht nicht teilnehmen. Als Folge dieses Unfalls bin ich gehbehindert.
Von 1959 bis 1963 studierte ich an der Universität München 8 Semester Jura und legte im Herbst 1963 die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit Februar 1964 bin ich Rechtsreferendarin und zur Zeit dem Landgericht München I zur Ausbildung zugewiesen.

Bamberger Fotodruck · Rudolf Rodenbusch